

# Studien und Kritiken

zum

## Ostseeprovinziellen Privatrecht.

Von

Hermann v. Lütken

Riga.

Erster Band.

Motto: „Rien n'est beau que le vrai:  
le vrai seul est aimable.“

N<sup>o</sup> 112031.



Riga.

Verlag von Jonck und Poliewsky.  
1908.

Schnafenburg's Buchdruckeret. — Dorpat.

9852

Est. A

Tartu Riikliku Olikooli  
Raamatukogu

9852



Nikolai Baron Drachenfels

in treuer Freundschaft zugeeignet.

1873

207

# Vorwort.

Der vorliegende erste Band der „Studien und Kritiken zum ostseeprovinziellen Privatrecht“, welchem demnächst ein zweiter, zugleich das Wort- und Sachregister nebst ausführlichem Inhaltsverzeichnis enthaltender Band folgen soll, ist die Frucht mehrjähriger Forschung auf dem Gebiete des ostseeprovinziellen Privatrechts und zwar insbesondere in solchen Fragen, die entweder nach Ansicht des Verfassers von hervorragender praktischer Bedeutung sind oder, wie z. B. die Abhandlung über die Rathsfreundschaft, noch keine Bearbeitung erfahren haben.

Die in diesem Bande vorhandenen Druckfehler bitte ich aus der Entfernung des Druckorts von meinem gegenwärtigen Wohnorte erklären zu wollen. —

Die gegenwärtige Zeit ist einer wissenschaftlichen Bearbeitung des ostseeprovinziellen Privatrechts wie überhaupt jeglicher theoretischen Jurisprudenz nicht gerade günstig. Der wissenschaftliche Geist unter den zur Zeit in den Ostseeprovinzen wirkenden praktischen Juristen, insbesondere dem früher in dieser Hinsicht so hoch dastehenden Advokatenstande, ist zur Zeit ganz erloschen und nach dem Tode von Männern wie Dr. H. Gürgens und Mag. jur. Ferdinand Seraphim gehört das Erscheinen einer theoretischen Abhandlung über Fragen des baltischen Privatrechts zu den hohen Seltenheiten. Das mag zum Theil seinen tieferen Grund in dem Mangel an idealem Sinn und an der wirklichen Liebe zur Wissenschaft, wie sie jetzt leider auch unter den in den Ostseeprovinzen thätigen Praktikern deutscher Provenienz herrscht, haben. Fast allen ist heutzutage die Rechtswissenschaft nichts mehr als die milchende Kuh, aus der sie so viel als möglich klingenden Erwerb zu ziehen suchen. Daß es mit unserem praktischen Juristenstande soweit gekommen ist, ist unter Anderem gewiß auch aus dem Gesetz über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen vom 9. Juli 1889 zu erklären. Denn erst mit der Einführung der neuen Gerichte wurde es, unter Zugrundelegung des Art. 815 der Zivilprozeßordnung allgemein üblich, als Hauptbasis für Klage-, Einrede- und Dupliktschrift etc. sowie Urtheil auf analoge, zuweilen auch nicht einmal analoge Senats-

entscheidungen zu rekurriren, und die Besetzung aller Richterposten mit des baltischen Rechts unkundigen, aus dem Inneren des Reiches stammenden Juristen russischer Nationalität konnte die schon ohnehin zwischen Theorie und Praxis bestehende Kluft nur noch vertiefen. Denn die Praxis mußte nunmehr zu einer Jagd nach Senatsentscheidungen und zwar (unter den sich vielfach widersprechenden Entscheidungen) nach der neuesten derselben herabsinken und eben deshalb und angesichts des totalen Mangels jeglicher juristischer Reflexionen sich außer Stande sehen, von befruchtendem Einfluß auf die Theorie zu sein. — Wem aber die Rechtswissenschaft mehr als ein bloßer Erwerbszweig, wem sie, wie jede Wissenschaft, Selbstzweck ist und wen sanctus amor patriae verbunden mit der echten Liebe zur Wissenschaft treibt, der wird auch unter den gegenwärtig so veränderten Verhältnissen und Umständen wieder an die wissenschaftliche Bearbeitung eines unserer höchsten baltischen Kulturgüter, nämlich des baltischen Privatrechts gehen. —

So mag denn dieses Buch in die Welt hinausgehen und objektive Beurtheiler finden d. h. solche, die nicht auf die Person, sondern auf die Sache sehen.

Geschrieben in Riga, den 9. Juni 1908.

**Der Verfasser.**

---

## Kurze Inhaltsübersicht.

---

	Seite.
Abhandlung I.: Hat das russische Reichsrecht in den Ostseeprovinzen die Stellung eines Subsidiarrechts und inwieweit sind überhaupt für das ganze Reich erlassene Gesetze auch auf den Th. III des Prov. R <sup>s</sup> von derogierendem oder abänderndem Einfluß? . . . . .	3—123.
Abhandlung II.: Beiträge zur Regel des ostseeprovinziellen Privatrechts „Hand muß Hand wahren“ . . . . .	124—285.
Abhandlung III.: Bemerkungen zu Robert Schölers Auf- satz: „Ueber das livländische Bauerprivatrecht“ (in Heft 6 u. 7 der baltischen Monatsschrift, Jahrg. 1902) . . . .	286—339.
Abhandlung IV.: Ein Beitrag zur Lehre von den korrespek- tiven Testamenten nach ostseeprovinziellem Privatrecht . . .	340—396.
Abhandlung V.: Die „Rathsfreundschaft“ des ostseeprovinzi- ellen Privatrechts nebst den einschlägigen Lehren unter be- sonderer Berücksichtigung der sogenannten „kriegerischen Vor- mundschaft“ . . . . .	397—648.
Zusätze . . . . .	649

---

## Abhandlung I.

Hat das russische Reichsrecht in den Ostseeprovinzen die Stellung eines Subsidiarrechts und inwieweit sind überhaupt für das ganze Reich erlassene Gesetze auch auf den Th. III des Prov. Rechts von derogierendem oder abänderndem Einfluß?

Litteratur: George von Engelhardt. „Beitrag zur Beantwortung der Frage: „Gehen die vor 1561 geltend gewesenenen eigenthümlichen teutschen Rechte dem römischen Codex vor, oder stehen sie demselben nach?“ (Mitau, 1817.)

Dabelow: „Über die wissenschaftliche Behandlung des besonderen Rechts der Russischen Ostseeprovinzen“ in B. I der „Jahrbücher für Rechtsgelahrte in Rußland“ (herausgegeben von Erdmann Gustav von Bröcker, Riga 1822), S. 185—219.

Der selbe: „Über die Anwendung des Ukases vom 28. Julius 1812 in den livländischen Gerichten,“ ebendaselbst, S. 160—172.

Hezel: „Verhältniß der russischen zur schwedischen Wechselordnung in Livland,“ ebendaselbst, S. 176—184.

Samson v. Himmelfstjerna: „Über die Anwendung des Schwedischen Rechts und der Russischen Ukasen in Livland,“ in B. II derselben Zeitschrift (1824), S. 1—52.

v. Petersen: „Über die verbindende Promulgation der Ukasen,“ ebendas., S. 57—64.

Neumann: „Etwas über das Römische und Deutsche Recht als das sogenannte Hülfrecht in den Ostseeprovinzen, und deren gegenseitiges Verhältniß“ in B. I der „Theoretisch-praktischen Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten“ (1834), S. 67—78.

Bunge: „Wie und nach welchen Regeln müssen die in Livland geltenden Gesetze interpretiert werden?“ (Dorpat, 1812.).

Derselbe: „Chronologisches Repertorium der russischen Gesetze und Verordnungen für Liv-, Esth- und Curland,“ B. I (1823), S. 40—76.

Derselbe: „Über die Anwendbarkeit der Deutschen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen“ in den „Theoretisch-praktischen Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten,“ B. I, S. 289—312.

Derselbe: „Beiträge zur Kunde der liv-, esth- und curländischen Rechtsquellen,“ (Riga und Dorpat 1832).

Derselbe: „Wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und Curlands am Zweckmäßigsten gestaltet werden?“ (1833), S. 13, 42 und 43.

Derselbe: „Das liv- und esthländische Privatrecht,“ B. I (1847), § 12, S. 23—25.

Derselbe: „Das curländische Privatrecht,“ (1851) § 11 S. 18—19.

Madai: „Das römische Recht in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht,“ B. I S. 204—208 und S. 254—258.

Erdmann: „System des Privatrechts der Ostseeprovinzen,“ B. I (1889) § 2, S. 8—10.

Derselbe: „Das Verhältniß des baltischen Privatrechts zu seinen Subsidiarrechten“ in Jahrg. X der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, her. von der jurist. Fakultät der Universität Dorpat (1891), S. 208—217.

Резонъ, фонъ: „О гражданскомъ правѣ въ Прибалтійскихъ губерніяхъ“ im „Журналъ гражданского и уголовного права“ (B. I. (1890).

Кассо: „Обзоръ Остзейскаго гражданского права“ (Юрьевъ, 1896) § 51, S. 61.

Федоровъ: „Введение въ курсъ гражданского права Прибалтійскихъ губерній.“ (1898) S. 65—68.

П. И. Бѣляевъ: „Общеимперскій законъ и мѣстныя остзейскія узаконенія,“ im „Журналъ Министерства Юстиціи,“ Jahrg. 1898, Nr. 9 (Novemberheft), S. 121—167.

Невзоровъ: „Конспективное изложение исторіи источниковъ мѣстнаго права губерній прибалтійскихъ,“ (Юрьевъ, 1903), S. 31 и 32.

---

Die wissenschaftliche Behandlung des baltischen Privatrechts hat mit einer dreifachen Schwierigkeit zu kämpfen. Erstens mit der Thatfache eines zweisprachigen Gesetzesbuchs, der es trotz prinzipieller Entscheidung in praxi doch nicht selten zweifelhaft erscheinen läßt, welcher Text bei etwaigen Abweichungen vor dem anderen Text den Vorzug verdiene. Zweitens mit dem Charakter des Th. III des Provinzialwods als einer Kodifikation des bisher in Geltung gewesenen Rechts, der naturgemäß die Frage nach dem Verhältniß der älteren, zum großen Theil von den Gesetzesartikeln allegierten Quellen zum kodifizierten, also gesetzgeberisch festgelegten Recht selbst

aufrollen mußte. \*) Drittens endlich mit der Frage, was im Falle einer Lücke im Provinzialgesetzbuch als Subsidiarrecht einzutreten habe, und zwar in Sonderheit, inwiefern dem allgemeinen russischen Reichsrecht die Stellung eines solchen Subsidiarrechts einzuräumen sei. Die erste Frage hat uns an dieser Stelle garnicht zu beschäftigen, die zweite nur vorübergehend, wogegen die dritte Frage, soweit sie die angebliche Subsidiarität des russischen Reichsrechts betrifft, den vornehmlichsten Gegenstand vorliegender Abhandlung bildet.

Wie schon die Überschrift zu dieser Abhandlung andeutet, läßt sich die Frage nach der subsidiären Anwendung des russischen Rechts in den Ostseeprovinzen in zwei Unterfragen zerlegen, nämlich:

1. Inwieweit haben für das ganze russische Reich erlassene Gesetze auch auf das ostseeprovinzielle Privatrecht derogierenden oder abändernden Einfluß?

2. Ist dem geltenden russischen Reichszivilrecht in den Ostseeprovinzen die Rolle eines Subsidiarrechts zuzuweisen oder nicht?

Beide Fragen bedürfen einer gesonderten Beantwortung, obwohl freilich die Entscheidung der einen Frage auf die der anderen von nicht unwesentlicher Einwirkung sein muß. —

1. Inwieweit haben für das ganze russische Reich erlassene Gesetze auch auf das ostseeprovinzielle Privatrecht einen derogierenden oder abändernden Einfluß?

Von vornherein sind bei Beantwortung dieser Frage zwei Fälle auszuscheiden, die sich wohl von selbst verstehen und a priori kaum diskutabel erscheinen dürfen: ist nämlich das gesetzmäßig zustandgekommene und publizierte Zivilgesetz ausdrücklich nur oder auch für die drei Ostseeprovinzen resp. eine derselben erlassen d. h. auf letztere ausgedehnt worden, so ist die Änderung oder Neugestaltung des bisherigen Rechtsfakes wohl keinem Zweifel unterworfen, denn, wie auch schon in der Literatur von namhafter Seite darauf hingewiesen worden ist, handelt es sich eben hier um eine ausdrückliche, auf gesetzgeberischem Wege erfolgte Schaffung eines neuen provinziellen Rechtsfakes, um Erzeugung neuen Provinzialrechts, (über Beispiele hierfür, namentlich im Privatrecht vor der Modifikation vom J. 1864 vgl. man namentlich Bunge: „Wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und Curlands am Zweckmäßigsten gestaltet werden?“ (1833), S. 13 und 43, Riga und Dorpat, sowie unsere späteren Ausführungen im Text), nicht etwa um eine

---

\*) Vgl. darüber den Aufsatz von H. G ü r g e n s: „Das Verhältniß des Provinzialgesetzbuches zu den alten Rechtsquellen“ in der baltischen Monatschrift, 1866 (B. XIII) S. 271—282.

Rezeption des russischen Reichsrechts\*) oder etwa darum daß, wie in der ältern Litteratur behauptet zu werden pflegte, das russische Recht in diesen Fällen primäre Geltung\*\*) habe und zwar vor allen andern Rechtsquellen. Wenn dagegen andererseits ein Gesetz ausdrücklich nur für bestimmte Gouvernements resp. Theile des russischen Reichs erlassen wird, ohne daß hierunter auch die Ostseeprovinzen mit einbegriffen sind, oder wenn letztere vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgenommen werden, so ist es auch wiederum klar, daß das ostseeprovinzielle Privatrecht, d. h. der Th. III des Prov. R. s. davon nicht ergriffen werden kann. Diese Fälle unterliegen also keinem Zweifel.

Bedeutend schwieriger gestaltet sich aber die Sache, sobald ein Gesetz ganz allgemein für das ganze Reich erlassen wird, ohne daß bestimmte Theile des Reichs genannt werden, für die es gelten und für die es nicht gelten soll.

In der Praxis werden zwar solche Fälle nicht gar zu häufig sein. In der Regel giebt nämlich der Gesetzgeber, um möglichen Mißverständnissen und Zweifeln von vornherein zu begegnen, ausdrücklich an, für welche Gouvernements das in Rede stehende Gesetz gelten soll,\*\*\*) oder aber welche Gesetzesbestimmungen speziell aufgehoben, abgeändert oder ergänzt werden sollen, wo alsdann leicht bestimmbar ist, ob es dem Th. III des Prov. R. s. oder dem X. B. des Swods der Reichsgesetze gilt. Allein ebenso ist es möglich und kommt auch in der That vor, daß sich solche Hinweise im Gesetz nicht finden und der Jurist muß auch mit bloßen Möglichkeiten rechnen.

Einen allgemeinen Fingerzeig giebt — wie solches auch schon Bunge\*\*\*\*) anzuerkennen scheint — Art. 79 des die Grundgesetze des russischen Reichs enthaltenden B. I des Swods der Reichsgesetze. Derselbe bestimmt nämlich:

„Законы, особенно для какой либо губернии или для какого либо рода людей изданные, новымъ общимъ закономъ не отмѣняются,

\*) Vgl. Erdmann: System B. I, S. 8, 9 und 12. Bunge: Liv- und Esthländ. Priv. R. B. I, § 12, S. 23 und 24, zum Theil auch Dabelow im Jahrbuch B. I, S. 192. Samson v. Himmelstjerna im Jahrbuch, B. II, S. 36. Hezel im Jahrb., B. I, S. 176 ff. v. Engelhardt: „Beitrag zur Beantwortung der Frage: „Gehen die vor 1561 geltend gewesen eigenthümlichen teutschen Rechte dem römischen Codex vor oder stehen sie demselben nach?“ (Mitau, 1817), S. 40.

\*\*) Cfr. Renatus Ullmann: „Die Eigenthumsersizung nach curländischem Rechte“ (Dorpat Magister-Dissertation, 1849), Einl., S. 3. Robert Blaesé: „Das Näherrecht nach curländischem und piltenischen Landrechte, vom Anfang unserer Rechtsgeschichte bis auf die neueste Zeit“, (Dorpat Magister-Dissertation, Dorpat 1851) § 79, S. 107.

\*\*\*). Die neue russische Wechselordnung ist z. B. auch in den Ostseeprovinzen geltendes Recht, was schon daraus hervorgeht, daß Art. XIII des Reichsrathsgutachtens vom 27. Mai 1902 die Geltung derselben auf das ganze Reich, mit Ausnahme von Finnland und den polnischen Gouvernements erstreckt.

\*\*\*\*) Vgl. dessen Liv- und esthl. Priv. R. B. I, S. 24.



если въ немъ именно таковой отмѣны не постановлено. Сіе же разумѣется и о личныхъ привилегіяхъ.“

D. h. „Gesetze, die für irgend ein Gouvernement oder irgend eine Klasse von Personen besonders erlassen sind, werden durch ein neues allgemeines Gesetz nicht aufgehoben, falls in demselben eine solche Aufhebung nicht namentlich angeordnet ist. Dieses bezieht sich auch auf persönliche Privilegien.

Da nun der Th. III des Provinzialrechts offenbar zu jenen besondern Gesetzen gehört, da in privatrechtlicher Hinsicht in den Ostseeprovinzen ausschließlich die Bestimmungen dieses Provinzialgesetzbuches anzuwenden sind, und da endlich der zit. Art. 79 auch mit der Theorie des gemeinen Rechts übereinstimmt,\*) so dürfte sich daraus allerdings für das ostseeprovinzielle Privatrecht die allgemeine Regel ableiten lassen, das allgemeine für das ganze Reich erlassene Gesetze diesbezüglichen Bestimmungen des Provinzialrechts nicht zu derogieren vermögen. Im Großen und Ganzen ist eine solche Regel in der That annehmbar und in der Literatur des Provinzialrechts auch anerkannt.\*\*) Dennoch ist sie nicht für alle Fälle ausreichend. Vielmehr führt eine genaue Prüfung unserer Frage dazu, in dieser Hinsicht Unterscheidungen zu machen. — Betrifft nämlich das neuerlassene Gesetz überhaupt nicht einen dem Privatrecht angehörenden Gegenstand, bezieht es sich z. B. auf Institute der Administration etc., die als solche auch in den Ostseeprovinzen Geltung haben,\*\*\*) so dürfte einer Ausdehnung desselben auch auf die Ostseeprovinzen und demgemäß einer eventuellen Abänderung oder Aufhebung eines provinziellen Rechtsfalles nichts im Wege stehen†) und keineswegs eine Verletzung des Art. 79 der Reichsgrundgesetze involvieren. Hierher würden z. B. die Münz-, Finanz-, Akzise-, Steuer- und Gewerbe Gesetze gehören. Diese sind in jedem Fall auch in den Ostseeprovinzen anzuwenden, denn da sie dem öffentlichen, nicht dem Privatrecht angehören, die Ostseeprovinzen aber im Großen und Ganzen kein

\*) Vgl. Puchta: Pand. (10 Aufl.) § 17 S. 30.

\*\*) Vgl. Erdmann: System B. I, I. c., b. Seite 12, v. Petersen in Bröckers Jahrbuch B. II, S. 60 f. Bunge: Das curländische Privatrecht, § 11, S. 18 f. Бѣляевъ: „Общеперскій законъ и мѣстные остзейскія узаконенія“ in Jahrg. 1898 des „Журналъ Министерства Юстиціи“, Nr. 9, S. 157 f.

\*\*\*) So auch schon die ältere Theorie des Provinzialrechts, vgl. z. B. das klassische Werk von Neumann: „Das Curländische Erbrecht nach den Gesetzen und der Praxis dargestellt“ (Mitau, 1859) § 8, S. 21. Bunge: Wie kann der Rechtszustand etc. S. 13 und 43.

†) Vgl. R. Blaesé in der zit. Dissert. § 79, Seite 107 u. R. Ullmann, Die Eigenthumsverfugung, S. 4.

vom übrigen Reich abweichendes öffentliches Recht aufzuweisen haben, so widerstreitet eine solche Anwendung dem besonderen Recht der Ostseeprovinzen keineswegs,\*) allerdings freilich aus dem nicht zu übersehenden Grunde, daß solche Fälle überhaupt nicht dem Privatrecht angehören.\*\*)

Aber auch dann, wenn das neue Gesetz privatrechtlichen Inhalts, also ein Zivilgesetz ist, kann es unter Umständen in den Ostseeprovinzen Geltung beanspruchen, obwohl eine ausdrückliche Ausdehnung auf letztere vom Gesetzgeber nicht ausgesprochen ist. So vor Allem, wenn das neue Gesetz sich auf solche Rechtsinstitute bezieht, die auch im ostseeprovinziellen Privatrecht anerkannt und in demselben übereinstimmend mit dem Reichszivilrecht geregelt sind. Der Volljährigkeitstermin ist z. B. sowohl nach Reichszivilrecht als auch in der Modifikation des baltischen Privatrechts v. J. 1864 auf das 21. Lebensjahr festgesetzt. Nehmen wir nun an, daß ein neues Gesetz erscheint, das in allgemeinen Ausdrücken für das ganze Reich (для всей Имперіи безъ исключенія oder auch ohne diesen Zusatz) die Volljährigkeit erst mit dem 25. Lebensjahr eintreten läßt, so wird diese Neuerung mangels sonstiger Hinweise des Gesetzes wohl ohne Zweifel auch auf die Ostseeprovinzen zu beziehen sein. Denn die mit Erreichung einer gewissen Altersgrenze eintretende Volljährigkeit ist ein allgemeines, an die Person eines jeden Staatsbürgers geknüpftes Recht, das nicht gut in den einzelnen Theilen des Reichs verschieden geregelt werden kann, und auch nicht zu den Rechtsnormen resp. Rechtsinstituten gehört, deren eigenthümlich örtlich-provinzielle Gestaltung und Regelung der Einwirkung jenes allgemeinen Reichsgesetzes widerstreben oder sich mit sonstigen provinzialrechtlichen Rechtsnormen resp. mit dem Geist des Prov. Rs. überhaupt in Widerspruch setzen würden. — Es läßt sich ferner denken, daß ein neues Rechtsinstitut privatrechtlichen Charakters eingeführt wird, das sich im Th. III. des Prov. R. ebensowenig wie im B. X. des Swods der Reichsgesetze findet, dessen Einfügung in das System des baltischen Rechts aber sich bewerkstelligen läßt, ohne mit dem Geist desselben oder mit sonstigen positiven Provinzialrechtsnormen in Widerspruch zu treten. Ein Gesetz, das z. B. die im deutschen bürgerlichen Recht heiskumstrittene Frage nach dem Recht am eigenen Bilde regelt oder dem Ehemann in gewissen Fällen das Recht verleiht, über die Person der Ehefrau in körperlicher Hinsicht zu verfügen, also z. B. eine Operation an letzterer nicht zu gestatten oder eine solche eventuell auch gegen

\*) Bunge: Repertorium § 14, S. 72 und dessen Schrift: Wie kann der Rechtszustand zc. I. c.

\*\*) Erdmann: System B. I, S. 9.

den Willen derselben zu gestatten und ausführen zu lassen, kann, ja muß vom obigen Gesichtspunkte aus unbedenklich auch für die Ostseeprovinzen Geltung haben, da unsere Kodifikation über Beides keinerlei Rechtsvorschriften enthält, somit also hier in der That Lücken im Gesetz zu registrieren sind, die der Richter in casu concreto nicht unausgefüllt lassen darf, vorausgesetzt nur, daß die Ausdehnung solcher Gesetze auf die Ostseeprovinzen dem Geist des Provinzialrechts in keinerlei Weise widerstreitet oder nicht etwa zu positiven Rechtsnormen desselben in Gegensatz tritt. —

Analog sind diejenigen Fälle zu behandeln, wo es sich um Neueinführung oder Neugestaltung eines ganzen Gesetzeskomplexes handelt, der, obwohl privatrechtlicher Natur, doch nicht in den Th. III. des Prov. Ns. aufgenommen ist, sondern ein selbstständiges Ganzes, ein Gesetzbuch für sich bildet. Dahin würden z. B. das später zu erwähnte Wechselrecht, sowie Handelsrecht\*) gehören, über deren privatrechtliche Natur heutzutage keinerlei Zweifel mehr besteht.

Es kann aber auch sein, daß das neue Gesetz (also nicht etwa wie im vorhergehenden Fall ein ganzer Gesetzeskomplex) ein im innern Reich und den Ostseeprovinzen gleichmäßig anerkanntes Rechtsinstitut oder Rechtsverhältnis bloß aus- oder umgestaltet. Es wäre in dieser Beziehung etwa auf den Dienstvertrag hinzuweisen. Bestimmungen über denselben finden sich sowohl im Reichszivilrecht (Artt. 2201—2248 B. X. des Swods der Reichsgesetze), als auch im Th. III. des Prov. Ns. (Artt. 4172—4191). Das neue Arbeiterentschädigungsgesetz vom 2. Juni 1903 über die Entschädigung der in Fabrik- und Bergwerkestablissemments beschäftigten Arbeiter und sonstigen Angestellten wegen der durch Unfälle in diesen Establissemments von ihnen erlittenen Schädigungen und Verletzungen,\*\*) das gerade das Dienstverhältnis zwischen den Establissemmentsinhabern und den bei ihnen angestellten Arbeiter oder sonstigen dienenden d. h. insbesondere ihre Entschädigungspflicht gegenüber den letztern bei Unglücksfällen betrifft, ist aber in ganz allgemeinen Ausdrücken für das ganze Reich erlassen, ohne daß irgend ein Gebiet, Gouvernement oder eine Provinz genannt wird, für die es der daselbst obwaltenden besondern Gesetze wegen nicht gelten solle. Trotz Vorhandenseins spezieller provinzialrechtlicher Normen über den Dienstvertrag, die Entschädigungspflicht des Dienstherrn gegenüber dem Dienenden zc. wird man daher in diesem Fall eine Erstreckung des

\*) Wobei aber natürlich diejenigen — allerdings wenig zahlreichen — handelsrechtlichen Normen des Th. III., die eine abweichende Regelung involvieren, mangels besonderer gesetzgeberischer Hinweise untangiert bleiben müßten.

\*\*) Vgl. das Nähere über dieses Gesetz und seinen Einfluß auf das Prov. N. in Abh. Nr. V des II. Bandes. —

Gesetzes auch auf die Ostseeprovinzen annehmen müssen. Nicht aus dem alleinigen Grunde, weil der Gesetzgeber keinerlei räumliche Ausnahmen vom Gesetz nennt, die Ausdehnung desselben auf die Ostseeprovinzen also seinem zu vermuthenden Willen entspricht, sondern auch noch aus andern Gründen. Offenbar nämlich trifft die Durchbrechung des Prinzips der vollen Freiheit in der vertraglichen Regelung des Dienstverhältnisses, also insbesondere auch hinsichtlich des Entschädigungsmodus bei künftighin in der Fabrik oder dem Bergwerk möglichen Unglücksfällen der Arbeiter sowohl den X. Band des Swods als auch den Th. III. des Prov. R<sup>s</sup>., denn beide gehen von dem Prinzip der vollen Vertragsfreiheit aus\*), beide stellen es dem Übereinkommen der Parteien anheim, die Höhe der dem Arbeiter resp. seiner Familie zu leistenden Vergütung vertraglich festzulegen. Das Arbeiterentschädigungsgesetz dagegen schreibt ein gewisses Minimum einer solchen Vergütung vor, unter welches das vertragsmäßige Übereinkommen in keinem Falle herabgehen darf, und erklärt alle dawider verstößenden Verträge für nichtig\*\*), es legt dem Fabrik- oder Bergwerksbesitzer den Beweis seiner Unschuld am Unglücksfall, also der eigenen Verschuldung des Arbeiters auf\*\*\*) zc., Dinge, die das Reichszivilrecht und der Th. III. des Prov. R. abweichend behandeln†). Sagt man nun: das baltische Privatrecht ordnet diese Punkte anders als das neue Gesetz, letzteres ist ein allgemeines Gesetz, die einschlägigen Bestimmungen des Prov. R<sup>s</sup>. dagegen stellen sich als spezielles Gesetz dar, folglich kann es als allgemeines späteres Gesetz dem speziellen frühern Gesetz, gemäß der Regel: *lex posterior generalis non derogat legi speciali priori*, und in genauer Grundlage des Art. 79 B. I des Swods der Reichsgesetze nicht derogieren††), so vergißt man, daß genau dasselbe sich auch für das russische Reichszivilrecht behaupten ließe dem das spätere allgemeine Gesetz dann gleichfalls nicht derogieren könnte. Dann aber wäre das neue Arbeiterentschädigungsgesetz in dem größten Theile des russischen Reiches, ja, überhaupt in ganz Rußland unanwendbar, da auch der in den polnischen Gouvernements geltende *code civil*, sowie das finnländische Zivilgesetzbuch solche frühere spezielle Gesetze sind, die den Dienstvertrag gleichfalls in einer vom neuen Gesetz abweichenden Weise regeln. Ein ganz unmögliches Resultat, das die Verstandeskräfte der gesetzgeberischen Autorität in Frage stellen dürfte.

\*) Vgl. besonders über das Prov. R. die Abhandlung Nr. V des II. Bandes.

\*\*) Vgl. Art. 4 des Entschädigungsgesetzes.

\*\*\*) Vgl. Art. 2 desselben Gesetzes.

†) Vgl. die Abhandlung Nr. V.

††) Vgl. Engelmann: Das Staatsrecht des Kaiserthums Rußland in Martens Handbuch des öffentlichen Rechts (Freiburg in Br. 1889) § 108. S. 153 f.

Es würde sonst der Gesetzgeber in einem Athemzuge sagen: das Gesetz soll in ganzen russischen Reich gelten, und zugleich: es soll in demselben gar nicht oder nur ausnahmsweise gelten! Da nun eine solche Widersinnigkeit auf Seiten des Gesetzgebers, solange sie nicht bewiesen ist, unmöglich präsumiert werden darf, und da nach einer bekannten allgemeinen Regel, Ausnahmen, die der Gesetzgeber selbst nicht macht, auch vom Ausleger nicht statuiert werden dürfen, so kann man nur zu dem Schluß kommen, daß die gesetzgeberische Absicht auf Erlassung eines für das ganze russische Reich, mithin also auch für die Ostseeprovinzen gültigen allgemeinen Gesetzes gerichtet gewesen sei. Aber noch andere Gründe sprechen für eine Ausdehnung des Entschädigungsgesetzes auf die Ostseeprovinzen. So vor Allem der Umstand, daß dieses Gesetz, wiewohl in der Hauptsache privatrechtlichen Charakters, doch gleichzeitig auch zum Gewerberecht gehört, soweit also publizistischer Natur ist, das öffentliche Recht aber ein für das ganze russische Reich gemeinsames ist. Ferner aber ein Hinweis im Th. III des Prov. Rk. selbst. Denn die Ann. zu Art. 4173 Th. III des Prov. Rk. weist gerade, was den Dienstvertrag mit Fabrikarbeitern anbelangt, auf ein zweifellos für das ganze Reich erlassenes Gesetz hin\*), deutet also damit an, daß es sich hier um ein der allgemeinen Reichsgesetzgebung zugängliches, nicht speziell der Einwirkung des Provinzialrechts vorbehaltenes Gebiet handele, und daß hier kein dem Prov. R. eigenthümliches, durch die lokalen Besonderheiten desselben bedingtes Rechtsverhältniß in Frage komme, das einer mit den übrigen Reichstheilen gemeinsamen gesetzgeberischen Behandlung widerstrebe. —

Wo dagegen das neue allgemeine Gesetz einen Punkt betrifft, der im Reichszivilgesetz überhaupt nicht geordnet, im Provinzialgesetzbuch dagegen schon eine ganz bestimmte, allein vom neuen Gesetz abweichende Behandlung und Ausgestaltung erfahren hat, da wird man, mangels besonderer gesetzgeberischer Hinweise kaum fehlgehen, wenn man die diesbezügliche provinzialrechtliche Norm von jeglicher Einwirkung des neuen Gesetzes ausnimmt, insbesondere, wenn der innere Zusammenhang des fraglichen provinzialrechtlichen Rechtssatzes mit andern Bestimmungen der baltischen Kodifikation einer Anwendung jenes neuen Gesetzes widerstreitet. So bestimmt — um ein Beispiel anzuführen — Art. 3639 Th. III des Prov. Rk., daß ein verjährtes Forderungsrecht auch auf dem Einredewege nicht mehr geltendgemacht

\*) Nämlich auf die Allerh. bestätigte Verordnung vom 24. Mai 1835, die zur Zeit allerdings durch die Artt. 86—157 des Industriereglements, B. XI. des Smods der Reichsgesetze, Th. II., Ausg. v. J. 1893 nebst Fortsetzung v. J. 1895. — In ganz ähnlicher Weise verweist auch die Ann. zu Art. 2201 hinsichtlich des Dienstvertrages mit Fabrik- und Bergwerksarbeitern auf die diesbezüglichen Spezialstatute, nämlich das Industriereglement und den Bergwerksstatut.

werden könne. Das hängt damit zusammen, daß nach provinzialrechtlicher Auffassung in Übereinstimmung mit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie die Verjährung das ganze Forderungsrecht seiner Existenz nach, nicht nur das bloße Klagerrecht vernichtet (vgl. Art. 3618 mit Art. 3639 zit.). Das Reichszivilrecht dagegen kennt eine solche Vorschrift nicht, wenigstens wird die gedachte Wirkung in demselben nirgends ausgesprochen. Erscheint nun ein neues Gesetz, das ganz allgemein und ohne das räumliche Anwendungsgebiet näher zu bestimmen, dem früheren Klageberechtigten trotz eingetretener Verjährung die Möglichkeit einräumt, sein verjährtes Recht noch in Gestalt einer Einrede gegenüber dem Beklagten geltendzumachen, so wird man die Ausdehnung dieses Gesetzes auf die Ostseeprovinzen trotz seiner allgemeinen Fassung ablehnen müssen, eben weil es einem frühern speziellen Gesetze, nämlich den Artt. 3618 und 3639 Th. III des Prov. Ns., die nicht namentlich aufgehoben werden widerspricht. —

Wenn ferner das allgemeine neue Gesetz ein Rechtsinstitut privatrechtlichen Charakters ändert oder umgestaltet, das wohl dem Reichszivilkodex, nicht dagegen oder nicht in derselben Art auch der Modifikation des ostseeprovinziellen Privatrechts bekannt ist, insbesondere das fragliche Rechtsinstitut in den Ostseeprovinzen auf wesentlich andern Prinzipien beruht und einen ganz andern historischen Entwicklungsgang aufzuweisen hat, so ist es in den Ostseeprovinzen gleichfalls nicht anzuwenden, da es entweder positiven Rechtsnormen oder dem Geist des III. Theils des Prov. Ns. widersprechen würde. Es ließen sich hierfür mehrere Beispiele anführen. Sehen wir den Fall, das neue Gesetz ändert die für Majorate geltenden Rechtsvorschriften, entweder alle oder nur einige, und spricht dabei ganz allgemein nur von Majoraten. Dem X. Bande des Smods der Reichsgesetze sind solche „Majorate“ bekannt. Die betreffenden Gesetzesbestimmungen sind in den Art. 494—512 niedergelegt. Darnach sind unter den Majoraten nach russischem Reichszivilrecht Landgüter zu verstehen, die Privatpersonen und ihrer Nachkommenschaft in den westlichen Gouvernements Allerhöchst nach einer bestimmten, durch Privatwillen unabänderbaren Successionsordnung verliehen werden\*), und zwar im Ganzen den Fideikommissen des russischen Rechts ähneln, allein von letzterem sich doch in mancherlei Einzelheiten, namentlich in der bei weitem größern Beschränkung des jeweiligen Majoratsbesizers in seinen Dispositionsbefugnissen über das Majorat,\*\*) sodann aber auch darin unterscheiden, daß sie im Gegensatz zu den

\*) Vgl. Шершеневичъ: „Учебникъ русскаго гражданскаго права“ 3. Ausgabe, 1901). S. 133 f.

\*\*) Vgl. Побѣдоносцевъ: „Курсъ гражданскаго права“ В. I, (4. Ausg. 1892). S. 60 S. 477.

gewöhnlichen Fideikommissen nach Aussterben des mit denselben beliehenen Geschlechts an die Krone zurückfallen\*). Die Modifikation des ostseeprovinziellen Privatrechts kennt zwar auch Majorate, aber nicht wie das russische Reichsrecht, als besonderes, neben den gewöhnlichen Fideikommissen einherlaufendes, von letzterem aber sich durchaus unterscheidendes Rechtsinstitut, sondern als bloße Abart des allgemeinen Gattungsbegriffes „adliges Güterfamilienfideikommiß“\*\*). Der Ausdruck „Majorat“ ist daher nach Prov. Recht keineswegs gleichbedeutend mit „Fideikommiß“, sondern bedeutet nur eine besondere Art der Successionsordnung, die von andern Successionsordnungen, z. B. dem Minorat, Seniorat, der Primogenitur, der Sekundogenitur u. zu unterscheiden ist.\*\*\*) „Majorat“ ist im Prov. R. kein Gattungsbegriff, wie im russischen Rechtsrecht. — Es sind aber außerdem die adligen Familienfideikommissе des ostseeprovinziellen Privatrechts von ganz anderer Natur wie die заповѣдныя имѣнія und vollends die Majorate des russischen Reichsrechts, und haben sich überhaupt in einer von letzteren ganz verschiedenen Art historisch entwickelt. Sie sind aus den Lehns- resp. Stammgütern des alten baltischen Rechts hervorgegangen und erscheinen in der Hauptsache als Produkt deutschrechtlicher Einwirkung auf baltische Rechtsfälle†). Daher ist es kein Wunder, wenn sich die einzelnen Bestimmungen des Prov. Rs. über die adligen Familienfideikommissе als eines dem deutschen Recht entlehnten oder wenigstens in Anlehnung an dasselbe entstandenen Instituts von denjenigen des russischen Reichsrechts über die Familienfideikommissе oder gar die Majorate wesentlich unterscheiden und daß namentlich das baltische Güterfideikommiß nur durch einen privaten Stiftungsakt††), niemals aber — wie die Majorate des russischen Reichsrechts — durch den Akt einer Allerhöchsten Verleihung entsteht, und daß es in Folge dessen nach dem Tode des letzten stiftungsmäßigen Besitzers auch nicht an die Krone zurückfällt, sondern auf seine testamentarischen oder Intesta- terben übergeht resp. zu dem in der Stiftung für diesen Fall angegebenen Zweck verwandt wird.†††) In Anbetracht dessen wäre es durchaus irrig, ein allgemeines Reichsgesetz über „Majorate“ auch in den Ostseeprovinzen anwenden zu wollen und es dementisprechend gleichmäßig auf diejenigen adligen Familienfidei-

\*) Vgl. Art. 499 B. X des Swods.

\*\*) Vgl. Artt. 2525—2580 Th. III des Prov. Rs.

\*\*\*) Das wird in Anm. 1 zu Art. 2525 zit. und in Anm. 2 zu Art. 2570 ausdrücklich hervorgehoben.

†) Vgl. meine Schrift über „Das Recht am adligen Güterfideikommiß nach Liv-, Est- und Curländischem Privatrecht“ in B. IV der Dorpater juristischen Studien (Jurjew, (Dorpat) 1896, S. 151 ff. u. passim.

††) Vgl. Art. 2525 Th. III des Prov. Rs.

†††) Vgl. meine Schrift über das Recht am adligen Güterfamilienfideikommiß S. 449—462.

kommission des baltischen Rechts zu erstrecken, für welche als Successionsordnung die Majoratsfolge vom Stifter festgesetzt worden ist, und die nur im Laiensinn fälschlich „Majorate“ im Sinn von „Familienfideikommiß“ im Gegensatz zu den Allodialgütern genannt zu werden pflegen. Aus denselben Gründen kann daher auch ein Gesetz über adlige Familienfideikommissionen — sei es nun, daß sie vom Gesetzgeber „заповѣдныя имѣнія“ oder „фамиліные фидеикомиссы“ genannt werden — eo ipso nicht in den Ostseeprovinzen Geltung beanspruchen, wenn es auch in ganz allgemeinen Ausdrücken gehalten ist und kein Gouvernement und keine Provinz von seiner Wirksamkeit ausschließt, sondern ist auf die innern Gouvernements Rußlands zu beschränken, eben weil das baltisch-rechtliche adlige Fideikommiß auf ganz andern Grundlagen wie die заповѣдныя имѣнія des russischen Rechts beruht und auch einen von letzteren wesentlich abweichenden Ursprung und historischen Entwicklungsgang aufzuweisen hat\*) Daher hat Niemand an der Unanwendbarkeit des Fideikommißgesetzes vom 25. Mai d. J. 1899 über die zeitlich beschränkten Fideikommissionen, die von jedem Fideikommißfolger durch Testament beliebig aufgehoben werden können,\*\*) in den Ostseeprovinzen irgend welchen Zweifel gehegt. —

Von demselben Gesichtspunkt aus sind auch etwaige Gesetzesnovellen über Erbgüter (родовыя имѣнія) oder die rechtliche Stellung der abgetheilten Kinder in dem Geltungsgebiet des baltischen Privatrechts für unanwendbar zu erklären, da erstere im Prov. R. anders geregelt und aus andern Anfängen entstanden sind, wie im X. Bande des Swods, und die Unterscheidung zwischen abgetheilten und nichtabgetheilten Kindern zwar für das Reichszivilrecht\*\*\*), nicht aber für das ostseeprovinzielle Recht von juristischer Relevanz ist. —

Ebenso wenig wie die vorhergenannten Gesetze hat aber auch das Reichsrathsgutachten vom 12. März d. J. 1891 über die Legitimation der außer der Ehe geborenen Kinder durch nachfolgende Eingehung der Ehe (d. h. die sog. legitimatio per subsequens matrimonium) in den Ostseeprovinzen Anwendung zu finden. Einerseits deshalb, weil der Th. III des Prov. R. das Institut der Legitimation durch nachfolgende Ehe schon viel früher regiert hat, und die Einführung eines Rechtsinstituts in einem Bande,

---

\*) Die Ann. 2 zu Art. 2525 spricht den von den Fideikommissionen im Innern Rußlands handelnden Artt. 467—493 B. X des Swods der Reichsgesetze nachdrücklich jegliche Wirksamkeit in den Ostseeprovinzen ab, wendet sich also damit indirekt gegen die Anwendung eines neuen Gesetzes über die заповѣдныя имѣнія in den Ostseeprovinzen.

\*\*) Vgl. Шершеневичъ, Учебникъ, S. 133.

\*\*\*) Vgl. Art. 175 Th. III des Prov. R.



wo dasselbe geschichtlich schon existiert,<sup>\*)</sup> logisch unmöglich oder doch ganz bedeutungslos wäre. Zweitens aber aus dem Grunde, weil entgegengesetzten Falls mit diesem Gesetz auch das dem ostseeprovinziellen Recht gänzlich unbekannte Erforderniß des christlichen Glaubens auf Seiten der legitimierenden Eltern\*\*) in den Ostseeprovinzen gefordert werden müßte, was schon dem Geist der provincialrechtlichen legitimatio per subsequens matrimonium widerspricht und auch in der Praxis verneint wird. Und drittens endlich, weil das Gesetz manche Punkte ganz verschieden vom baltischen Provinzialgesetzbuch ordnet, somit also die diesbezüglichen Bestimmungen des Th. III des Prov. R. aufheben oder abändern würde, denn nach Art. 79 B. I des Ewods der Reichsgesetze wird ein besonderes Gesetz — also im vorliegenden Fall unser Privatrecht — durch ein allgemeines Reichsgesetz nur dann aufgehoben oder abgeändert, wenn solches vom neuen Gesetz ausdrücklich angeordnet wird. Im erwähnten Reichsrathsgutachten über die Legitimation wird aber weder der Ostseeprovinzen, noch des daselbst geltenden besondern Privatrechts Erwähnung gethan.\*\*\*) Es sind aber für die Entscheidung

\*) Vgl. Art. 173, Th. III des Prov. R.

\*\*) Шершеневичъ, Учебникъ, С. 620.

\*\*\*) Vgl. besonders Gürgens: „Zur Frage der Legitimation durch nachfolgende Ehe“ in Nr. 2 der juristischen Studien, abgedruckt als Beilage zur „Baltischen Monatschrift“ 1900, B. 50, Seite 60. — Es werden daher auch nach dem Reichsrathsgutachten in den Ostseeprovinzen die im Ehebruch erzeugten Kinder, vorausgesetzt, daß der unschuldige Ehegatte inzwischen mit Tode abgegangen war, durch nachfolgende Ehe legitimiert werden können, da Art. 173 Th. III des Prov. R. in dieser Beziehung gar keinen Unterschied macht, wogegen das nach dem Reichsrathsgutachten niemals möglich ist. Nach Provinzialrecht können Brautkinder sowie solche Kinder, die mit einer unter gültigem Eheversprechen verführten Jungfrau erzeugt sind, sogar in dem Fall legitimiert werden, wenn bei Begegnung des Bräutigams oder Verführers, die Ehe einzugehen, die Braut oder verführte Jungfrau laut richterlichem Urtheil als geschiedene Ehefrau des Bräutigams resp. Verführers erklärt worden ist, wobei die Rechte der Kinder als ehelicher schon auf die Zeit ihrer Geburt zurückdatiert werden. Diese Bestimmung wird deshalb durch die entgegengesetzte des Reichsrathsgutachtens, wonach solche Kinder nur dann als legitimierte gelten, wenn die Ehe zwischen beiden Eltern wirklich geschlossen worden ist, und auch in diesem Fall ihre Rechte als eheliche Kinder erst von dem Moment der Ehelichung datieren, keineswegs alteriert. Nach dem Reichsrathsgutachten haben noch ein die Prüfung und Feststellung der tatsächlichen Eheschließung und Abstammung des Kindes von den Petenten betreffendes Verfahren, wobei unter Anderem auch die Eltern das zu legitimierende Kind anerkennen müssen, und dann eine die Anerkennung der Kinder als ehelicher aussprechende gerichtliche Verfügung stattzufinden. Das kann in den Ostseeprovinzen keine Geltung haben. Denn nach dem Provinzialgesetzbuch Art. 173 ist weder eine durch gerichtlichen Spruch erfolgende Anerkennung des Kindes noch eine seitens des Mannes erfolgende mündliche oder schriftliche Anerkennung des Kindes der Eltern nöthig, da Art. 173 für die unehelichen Kindern die Rechte der ehelichen eben durch die Thatsache der gesetzlichen Eheschließung zwischen den Eltern eintreten läßt, ohne ein Mehreres zu fordern, vgl. besonders Gürgens l. c. Seite 55 f.

unserer Frage, inwiefern ein neues allgemeines Gesetz auch für das ostseeprovinzielle Privatrecht von Wirksamkeit sein muß, zuweilen auch die Motive des Gesetzgebers wichtig. Das läßt sich an der Hand des Gesetzes vom 3. Juni 1902 über die Verbesserung der Lage der unehelichen Kinder im russischen Reiche zeigen. Der ausgesprochene Zweck, den der Gesetzgeber hierbei verfolgte, war, ausweislich seiner Titelüberschrift, der, die ungünstige, vielfach schutzlose und in sozialer Hinsicht öfters harte Stellung der unehelichen Kinder in Rußland, die ja an dem Faktum ihrer unehelichen Erzeugung und Abstammung ganz schuldlos sind, aufzubessern, ihr ohnehin schon hartes Los nach Möglichkeit zu erleichtern und ihnen eine in sozialer Hinsicht würdigere Stellung als bisher zu verschaffen. Im Gesetz ist nirgends von einer Geltung desselben auch für die Ostseeprovinzen, andererseits aber auch nicht von einer Nichtausdehnung auf die letzteren die Rede, vielmehr wird es ganz allgemein für das ganze Reich erlassen. Da nun aber die Interessen und die soziale Lage der unehelichen Kinder im ostseeprovinziellen Privatrecht ausreichen d geschützte zu nennen sind, \*) somit also in den Ostseeprovinzen schon längst der vom Gesetzgeber erstrebte Rechtszustand fixiert ist, so wäre schon die ratio legis hier nicht zutreffend und kann offenbar schon deshalb eine Ausdehnung dieses Gesetzes nicht in den Intentionen des Gesetzgebers gelegen haben. Aus diesem Grunde und in Anbetracht dessen, daß die Ausdehnung dieses Gesetzes auf die Ostseeprovinzen augenscheinlich keinen Sinn hätte, kann letzteres bei uns keine Geltung beanspruchen. Diese Auffassung wird auch von unserem Justizministerium geteilt. Denn als das Ministerium im J. 1904 sich an eine Anpassung des Gesetzes vom 3. Juni 1902 an das baltische Recht und das Recht des Weichselgebietes machte, gelangte es nach eingehender Prüfung der Frage zu der Überzeugung, daß die Frage der unehelichen Kinder in dem besondern Privatrecht der baltischen Gouvernements im Allgemeinen befriedigend geregelt sei, die rechtliche Lage solcher Kinder mithin im Großen und Ganzen hier nichts zu wünschen übrig lasse, woher denn auch keine Veranlassung vorliege, an dem bestehenden Rechtszustande irgend welche Änderungen vorzunehmen \*\*). Daher beschränkte sich das Justizministerium bloß auf einige, mehr nebensächliche Änderungen, deren eine sich auch eher als bloße Schlußfolgerung aus einem in den Ostseeprovinzen bereits geltenden

\*) Man vergl. die Artt. 163—174, zum Theil auch die Artt. 148—150, Th. III des Prov. Rechts.

\*\*) Vgl. den Aufsatz von В. І. Буковскій: „Узаконеніе внѣбрачныхъ дѣтей въ Прибалтійскомъ правѣ“ im Festschrift des Journals des Justizministeriums, Jahrg. 1905, S. 218. Nun enthält aber Abschn. V. des mehrfach erwähnten Reichsrathsgutachtens auch mehrere dem zivilprozessualen Gebiete angehörende Neuerungen,

Rechtssatz darstellt.\*\*\*) Jedoch sind diese Änderungen zur Zeit bloß projektierte und harren noch der endgültigen gesetzgeberischen Festlegung durch Reichsduma und Reichsrath.

Schwieriger als die vorhergehende ist die Frage zu beantworten, inwiefern Reichsgesetze, die einem ganz andern Gebiet als dem des Privatrechts angehören resp. innerhalb dieses Gebiets erlassen sind, ostseeprovinzielles Privatrecht abzuändern resp. zu ergänzen vermögen oder mit andern Worten: inwiefern ein ganzer Gesetzkomplex, ein Gesetzbuch andern als privatrechtlichen Inhaltes Rechtsbestimmungen des Th. III des Prov. Rk. zu derogieren vermag. In der Litteratur hat — soviel ich sehe — nur Erdmann diese Frage — und zwar auch nur flüchtig — berührt. Er spricht sich nämlich in der Anm. zu S. 10 und 11 B. I seines Systems dahin aus, daß behufs Entscheidung derselben darauf gesehen werden müsse, ob es sich in casu um

welche in die Zivilprozeßordnung als Zusatzartikel (1—7) zu Art. 1460 aufgenommen sind, und da fragt es sich, ob diese in den Ostseeprovinzen anwendbar sind? Wollen die gedachten Zusatzbestimmungen wirklich nur reine Prozeßbestimmungen sein, so wären sie bei uns nur unter der doppelten Bedingung anwendbar, daß sie erstens sich nicht zum materiellen Privatrecht der Ostseeprovinzen in Widerspruch setzen und zweitens sich mit den durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 für die Ostseeprovinzen erlassenen, in den Artt. 170—360 der Novelle enthaltenen prozeßualen Sonderbestimmungen vereinigen lassen. Die Artt. 170—360 der Justiznovelle handeln aber von dem sogenannten „unstreitigen Verfahren“, das die Justiznovelle überall den lokalen Eigentümlichkeiten des baltischen Privatrechts angepaßt hat, während doch sonst allgemeine Prozeßnormen, — falls sie solches nicht etwa strikt anordnen, — auf das ostseeprovinzielle Privatrecht unanwendbar sind. Und das gilt gerade auch dann, wenn die Justiznovelle über das vom Reichsrathsgutachten in casu behandelte Rechtsinstitut keine Bestimmung enthält. (Vgl. Gürgens I. c. S. 60 ff.) Denn ein in sich „geschlossenes“ Rechtssystem erfährt nicht nur dadurch eine Änderung, daß ein einzelner Satz von ihm abgeändert wird, sondern auch dadurch, daß ihm ein Satz hinzugefügt wird, der ihm bisher fremd war.“ (Cfr. Gürgens I. c. S. 63). Und da auch die sonstigen prozeßualen Neubestimmungen des Reichsrathsgutachtens den baltischen Rechtsbestimmungen über legitimatio per subsequens matrimonium widersprechen, so ist auch von einer Anwendung des Art. 1460, 1—7 der Zivilprozeßordnung auf die Ostseeprovinzen abzu sehen.

\*\*) Die vom Ministerium projektierten Änderungen betreffen zunächst die Artt. 147 und 163 B. 2: die in einer nichtigen Ehe erzeugten Kinder sollen in jedem Fall als eheliche gelten, auch wenn die Nichtigkeit bei den Ehegatten bekannt war, vgl. Букowskiй I. c. S. 218. — Eine weitere Änderung betrifft Art. 171 und ist als Zusatz zu diesem Art. in Aussicht genommen. Das Wesentliche derselben besteht darin, daß, wie aus Art. 175 gefolgert wird, der Erzeuger resp. die Mutter eines unehelichen Kindes das Recht haben sollen, ihr uneheliches Kind zu adoptieren, wobei sie — hierin besteht die eigentliche Neuerung — keineswegs, wie Art. 176 verlangt, mindestens 18 Jahre älter als das Adoptivkind zu sein brauchen, während die Einwilligung der Mutter nur dann erforderlich ist, wenn sie im im Geburts- resp. Taufschein als solche verzeichnet ist oder wenn sie das Kind erzieht, vgl. Букowskiй I. c. S. 218—219.

eine privatrechtliche oder um eine jenem andern Gebiet angehörige Rechtsnorm handelt, die neueingeführt werde. Demnach soll also der Charakter der betreffenden Norm über ihre Zugehörigkeit resp. darüber entscheiden, ob eine Abänderung resp. Neuordnung eines provinziellen Rechtsatzes vom Gesetzgeber beabsichtigt sei, ob letzterer eine im Th. III des Prov. R. etwa vorhandene Lücke auf obige Weise ausfüllen wollte oder nicht. Für einige Fälle vermag das zutreffend sein, allein nicht für alle, und so wird man die praktische Brauchbarkeit der Erdmannschen These als eines allgemeinen, auf alle derartigen Fälle passenden Satzes leugnen müssen. Denn das nach Erdmann entscheidende Kriterium, nämlich der Charakter der betreffenden Rechtsnorm wird sich nicht feststellen lassen d. h. gerade die Frage, ob die Norm als eine ausschließlich dem rein privatrechtlichen oder dem andern Gebiet angehörende zu betrachten sei, wird häufig — mangels gesetzgeberischer Hinweise — entweder garnicht oder doch nur mit Zuhilfenahme anderer Interpretationsmittel zu lösen sein, und zwar nur unter theilweiser Heranziehung solcher Momente, die uns zur Entscheidung der vorhergehenden d. h. auf den Erlaß von Einzelgesetzen bezüglichen Fälle dienen.\*) Demnach wäre es richtiger und zweckentsprechender, an Stelle der Erdmannschen Regel folgende zu setzen resp. letztere dahin zu modifizieren:

ein provinzieller Rechtsatz wird — mangels besonderer gesetzgeberischer Hinweise — durch die auf nicht privatrechtlichem Gebiet erlassene, in einem nicht privatrechtlichen Gesetzeskodex enthaltene reichsrechtliche Norm nicht abgeändert oder nicht ergänzt,

---

\*) So enthalten z. B. Art. 132 des Friedensrichterprozesses und Art. 706 des bezirksgerichtlichen Prozesses die ausdrückliche Vorschrift, daß der Richter die Verjährung von Amtswegen, also ohne selbstthätige Vorschüßung der beklagten Partei, nicht berücksichtigen dürfe. Es entspricht diese Bestimmung nicht nur dem römischen und gemeinen Recht, sondern ist auch in der Theorie des letzteren, in den meisten modernen Gesetzgebungen anerkannt, sie ist also auch, Mangels entgegenstehender positiver Rechtsnormen, für das ostseeprovinzielle Privatrecht als geltend anzuerkennen, vgl. auch meine Schrift: „Die Lehre von der Klagen verjährung nach liv-, esth- und kurländischem Privatrecht“ (Leipzig 1904) S. 186 ff. Zivilprozeß und Zivilrecht befinden sich also hier in schönster Übereinstimmung. Wie aber, wenn der Theil III des Prov. R. die direkte Bestimmung enthielte: der Richter hat die Verjährung auch von sich aus, ohne Vorschüßung seitens des beklagten, zu berücksichtigen oder wenn umgekehrt die Prozeßordnung, nicht aber unsere zivilrechtliche Kodifikation eine solche enthielte? Soll die prozeßrechtliche der zivilrechtlichen Norm vorgehen oder umgekehrt? Ob Artt. 132 und 706 als prozeßrechtliche Normen zu betrachten sind, dürfte doch sehr zu bezweifeln, ja richtiger zu verneinen sein. Eher wäre daher die Annahme gerechtfertigt, daß es sich hier um eine zivilrechtliche Norm handelt, die um richtiger Weise ihren Platz in der Prozeßordnung gefunden hat. Das läßt erkennen, daß die Frage über Zugehörigkeit resp. den Charakter der fraglichen, dem Reichsrecht angehörenden Rechtsnorm nicht immer entscheidend sein kann, weil sie selbst oft im Dunkeln bleibt.

wenn er in einer jener Norm widersprechenden Weise bereits geregelt ist, oder wenn letztere d. h. die reichsrechtliche Norm sonstigen positiven Sätzen oder dem allgemeinen Geist des baltischen Privatrechts, einerlei ob jener Gesetzeskodex vor oder nach dem Inkrafttreten des Provinzialgesetzbuches, also vor oder nach dem J. 1864 Gesetzeskraft erlangt hat, entgegen ist. Dagegen muß er eine Abänderung oder Ergänzung durch jene allgemeine reichsrechtliche Norm erfahren, wenn ein solcher Widerspruch nicht vorliegt und zudem die Absicht des Gesetzgebers, eine allgemeine, für alle Theile des Reichs ohne Ausnahme gültige Rechtsregel zu erlassen, klarliegt oder mit andern Worten: wenn die Absicht des Gesetzgebers, die strittige, dem Gesetzeskodex nichtprivatrechtlicher Natur angehörende Norm auch als solche gelten zu lassen, den Umständen, nach und gemäß den Regeln wissenschaftlicher Gesetzesauslegung unzweifelhaft anzunehmen ist.

Die praktische Brauchbarkeit und Anwendbarkeit dieser Regel sind nunmehr an der Hand einiger besonders charakteristischer Beispiele zu prüfen. Hierzu mag vor Allem das — auch von Erdmann als Beispiel herangezogene — Strafgesetzbuch und zwar zunächst der Art. 1472 desselben dienen. Derselbe knüpft an den vorsätzlich, bei voller Vernunft begangenen Selbstmord die Nichtigkeit des vom Selbstmörder hinterlassenen Testaments sowie überhaupt einer jeden von ihm herrührenden letztwilligen oder sonstigen Willensäußerung, auch wenn sie sich nicht als Testament darstellt. Dieselbe Bestimmung finden wir im Reichszivilrecht — Art. 1017 B. X des Ewods der Reichsgesetze — wieder, wo die Testamente der Selbstmörder gleichfalls für nichtig erklärt werden. Hier liegt also volle Übereinstimmung zwischen der zivil- und der kriminalrechtlichen Norm vor. Dagegen ist es mit dem Th. III des Provinzialrechts anders. Unter den in Art. 2789 Th. III des Prov. Rechts aufgezählten Nichtigkeitsgründen eines Testaments wird der Selbstmord des Testators nicht genannt und nach Art. 1984 ist zur Errichtung eines Testaments jeder befugt, der im vollen Gebrauch seiner Verstandes- und Geisteskräfte und zugleich fähig ist, über sein Vermögen gültig zu verfügen und seinen Willen deutlich zu äußern. Da nun diese Voraussetzungen offenbar auch in der Person des Selbstmörders zur Zeit der Testamentserrichtung zutreffen können, und andererseits Art. 2789 eine strikte Aufzählung der Nichtigkeitsgründe beabsichtigt, so wäre es schon von diesem Gesichtspunkt aus zu verwerfen, wenn man die Nichtigkeitsgründe noch willkürlich durch Hinzufügung anderer vermehren wollte. Dies würde der Absicht des Gesetzgebers widersprechen. Allein nun haben wir die erwähnte strafrechtliche Norm und man könnte sagen: sowie der ganze Strafkodex, so muß auch der zu demselben gehörende Art. 1472

als einzelne Vorschrift für das ganze Reich ohne Ausnahme, somit also auch für das ostseeprovinzielle Privatrecht gelten. Wenn dem so wäre, so würden allerdings Testamente der Selbstmörder in den Ostseeprovinzen nichtig sein. Allein gerade diese Annahme ist — wie sogleich gezeigt werden soll — unrichtig. Freilich, mit der Erdmannschen Unterscheidung wird man nicht zum Ziel gelangen. Denn ob Art. 1472 sich als kriminalrechtliche oder privatrechtliche Norm darstellt, ist fraglich. Nimmt man nun an, sie ist eine kriminalrechtliche, so würde sich zunächst das widersinnige und nach allgemeinen strafgesetzlichen Grundsätzen unzulässige Resultat ergeben, daß auch Tote mit Strafe bedroht werden können, während doch der Tod des Verbrechers überall Strafausschließung- resp. Strafaufhebungsgrund ist. Soll aber die Strafandrohung des Art. 1472 nur den etwaigen testamentarischen Erben des Selbstmörders gelten, so würde das dem allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz widersprechen, daß schuldlose Personen, also solche, die gar keine rechtswidrigen, strafgesetzlich zu beahndenden Handlungen begangen haben, auch nicht gestraft werden können, während sie hier in der That bestraft würden, und zwar mit dem Verlust ihres testamentarischen Erbrechts d. h. mit der Nichtigkeit des Testaments, woraus sie ihr Erbrecht herleiten. Das wäre aber auch gleichbedeutend mit einer Verletzung der im römischen und gemeinen Recht anerkannten Regel, daß Strafen niemals auf die Erben übergehen: heres in poenam non succedit. Der Erbe kann aus Handlungen seines Erblassers unmöglich strafbar werden. — Dann aber würde es doch wieder darauf hinauskommen, daß jene Norm keine kriminalrechtliche, sondern nur eine privatrechtliche sein kann, die sich zwar im Reichszivilrecht, nicht aber im ostseeprovinziellen Privatrecht wiederfindet. Da nun aber, wie gezeigt, dem Th. III des Prov. Rs. der Selbstmord des Testators als Nichtigkeitsgrund des Testaments unbekannt ist, da ferner die Statuierung eines solchen Nichtigkeitsgrundes vom Gesetz hätte hervorgehoben werden müssen, wenn sie innerhalb des Bereiches seiner Absicht gelegen hätte, eine solche Hervorhebung im Provinzialgesetzbuche sich nirgends findet, letzterem aber bei Delikt- oder Quasideliktobligationen auch nur ein Übergang der Schadenersatzpflicht auf die Erben des Schädigers\*), nicht dagegen auch ein Succedieren in eine reine Kriminalstrafe bekannt ist, und da endlich die dem Art. 1472 des Strafgesetzbuches analoge Behandlung dieser Folgen des Selbstmordes im Reichszivilgesetzbuch darauf hindeuten scheint, daß es sich hier offenbar um eine nur für das Geltungsgebiet eben dieses Reichszivilrechts bestimmte Rechtsnorm handelt, so würde die Anwendung des gedachten Art. 1472 des

\*) Cfr. Artt. 4574 und 4589 Th. III des Prov. Rs.

Strafgesetzbuches in den Ostseeprovinzen offenbar zu einem den gesetzgeberrischen Intentionen, weil dem Geist des Provinzialgesetzbuches widersprechenden Resultat gelangen und folglich zu verwerfen sein. Und dürfte es auch nicht ganz zutreffen, wenn man der gegentheiligen Entscheidung unserer Frage die allgemeine Bestimmung des Art. 79 B. I des Smods der Reichsgesetze d. h. die Regel: „*lex posterior generalis non derogat legi speciali priori*“ entgegen halten wollte, da zwar das Strafgesetzbuch das allgemeine Gesetz, der Th. III des Prov. Rechts dagegen das spezielle Gesetz ist, allein ersteres ältern Ursprungs als letzteres ist, so ist doch auf jeden Fall, besonders nach dem Vorhergehenden soviel klar, daß, da das Strafgesetzbuch ein allgemeines d. h. ein Reichsgesetz, das Provinzialgesetzbuch dagegen ein spezielles, nur für die Ostseeprovinzen geltendes Gesetz ist, eine Ergänzung des letztern durch ersteres in der uns hier interessierenden Frage wie auch in jeder andern Hinsicht sowohl dann abzulehnen ist, wenn das Provinzialgesetzbuch ältern, als auch wenn es jüngern Ursprungs als das Strafgesetzbuch resp. die für dasselbe erlassene Norm ist.\*) Ja, man könnte eher sagen: da Art. 1472 das Provinzialgesetzbuch selbst in dem Fall nicht ergänzen resp. demselben derogieren könnte, wenn er später als letzteres erlassen worden wäre, so kann er es um so weniger, wenn er das frühere, das Provinzialgesetzbuch dagegen das spätere Gesetz ist, welches letztere aber gerade hier zutrifft: *lex posterior specialis derogat legi priori generali*. Das argumentum a fortiori ist eben in diesem Fall ganz untrüglich. Mag man also die in Art. 1472 ausgesprochene Folge der Nichtigkeit des von einem Selbstmörder errichteten Testaments als reine Straffolge, mithin den gedachten Art. als kriminalrechtliche Norm auffassen oder mag man sie unter die zivilrechtlichen Normen rangieren lassen, in keinem Fall wird man dem gedachten Artikel einen Einfluß auf das baltische Privatrecht einräumen, letzteres also durch jenen ergänzen dürfen. In beiden Fällen würde eine solche Anwendung gegen den Geist des Provinzialgesetzbuches sowie gegen positive Gesetze, insbesondere den Art. 79 zit. der Grundgesetze und die Artt. 1984 und 2789 Th. III des Prov. Rs. verstoßen, folglich also abzulehnen sein. —

Wir greifen — zunächst beim Strafgesetzbuch stehendbleibend — auf das Gebiet der Deliktsobligationen hinüber, wo ohnehin zwischen Straf- und Zivilrecht ein Berührungspunkt gegeben ist, und beschränken uns dabei auf die Beleidigung. In strafrechtlicher Hinsicht wird die Beleidigung

\*) Sfr. meine Schrift: „Streifzüge auf dem Gebiete der Theorie und Praxis des provinziellen Privatrechts“ (Berlin und Riga, 1902), Abh. III: „Ist das Testament des Selbstmörders nach ostseeprovinzialem Privatrecht ungültig?“ S. 36 und passim. Vgl. auch Бъляевъ in seiner zit. Schrift, S. 157 f.

im Allgemeinen vom Friedensrichterstrafgesetzbuch und zwar in den Artt. 130—138 je nach den begleitenden Umständen und je nachdem ob erschwerende d. h. straffschärfende Momente vorliegen oder nicht, mit Arrest oder Geldstrafe geahndet, wobei das höchste Maß drei Monate Arrest oder eine Geldstrafe von 100 Rubel bilden. Dann aber bestimmt Art. 138:

„Означеннымъ въ статьяхъ 130—137 наказаніямъ виновные не подвергаются: 1) когда самъ обиженный нанесъ обидчику равную или болѣе тяжкую обиду, и 2) если обиженный будетъ требовать опредѣленнаго въ законахъ гражданскихъ безчестія.“

Uns interessiert an dieser Stelle nur der §. 2 dieses Artikels. Darnach fallen die in den Artt. 130—137 für jede Art von Beleidigung angedrohten Strafen weg, wenn der Beleidigte vom Beleidiger das in den Zivilgesetzen festgesetzte Sühnegeld fordert. In zivilrechtlicher Hinsicht dagegen gewährt Art. 4560 Th. III des Prov. Rs. dem Beleidigten abgesehen von den strafrechtlichen Folgen das Recht, eine Genugthuung durch Widerruf oder Abbitte zu verlangen, außerdem aber auch das Recht auf eine Geldentschädigung, allein nur in dem Falle, wenn ihm durch die Injurie ein wirklicher Schaden gewirkt oder ein Gewinn entzogen worden ist.\*) Die strafrechtliche Norm verweist also auf die zivilrechtliche und bestimmt, daß Bestrafung und Sühnegeld nicht kumulativ, also zusammen gefordert werden dürfen. Allein die Geldentschädigung des Art. 4560 Th. III des Prov. Rs. hat jene strafrechtliche Norm wohl kaum im Auge. Das ergibt sich einestheils aus der Bedeutung des Wortes „безчестіе“ in Art. 138, anderentheils aber aus einer Vergleichung dieses Artikels sowie des Art. 4560 Th. III des Prov. Rs. mit den diesbezüglichen Bestimmungen des Reichszivilgesetzbuches Artt. 667—670 (B. X des Swods der Reichsgesetze) über die Beleidigung und ihre zivilrechtlichen Folgen. Darnach kann „безчестіе“ in Art. 138 zit. — ein Ausdruck, der sich auch in den Artt. 667 und 668 des Reichszivilgesetzbuches findet — nur Sühne- oder Schmerzensgeld heißen. Die Zahlung dieses Sühne- oder Schmerzensgeldes\*\*) wird aber auch schon im X. Bande des Swods durchaus von der reinen Entschädigung für die in Folge der Beleidigung vom Beleidigten erlittene Schädigung an Vermögensgütern, insbesondere aber an seinem Kredit unterschieden. Die Plage auf Entrichtung des Schmerzensgeldes kann nach Art. 668 des Reichs-

\*) Hier ist wohl hauptsächlich an den Fall der Schädigung des kaufmännischen Kredits gedacht.

\*\*) Wie Шершеневичъ: Курсы I. с. 565 richtig bemerkt, ist das Schmerzens- oder Sühnegeld des russischen Zivilrechts ein Überbleibsel derjenigen rechtsgeschichtlichen Periode, wo alle Verbrechen noch einen privaten Charakter trugen und mit Geld abgelöst werden konnten.



zivilgesetzbuches nicht mit der Kriminalklage wegen Beleidigung verbunden werden, und wer mit einer solchen Zivilklage klagt, soll der Kriminalklage verlustig gehen (Art. 669 *ibid.*). Bei der Geldentschädigungsklage des folgenden Art. 670 *ibid.* wird aber das nicht verboten. Diese kann man also nach Reichszivilrecht anstellen, ohne dadurch das Recht der kriminellen Verfolgung der Beleidigung einzubüßen und umgekehrt. — Nach ostseeprovinzielltem Privatrecht Art. 4560 dagegen giebt es zwar eventuell aus der Beleidigung eine Schadensersatzklage allein keine Klage auf Zahlung des Sühnegeldes, sondern anstattdessen nur eine auf Widerruf oder Abbitte. Die erstere Klage d. h. die Schadensersatzklage, muß der Beleidigte nach dem genauen Sinn des Art. 4560 in jedem Fall haben, auch wenn er gleichzeitig die strafrechtliche Verfolgung der von ihm erlittenen Ehrenkränkung beantragt und ebenso wird der strafrechtliche Weg resp. die eventuelle Straffolge dadurch nicht etwa ausgeschlossen, daß er in *casu concreto* die Entschädigungsklage des Art. 4560 aufstellt. Der Entschädigungsanspruch und die kriminelle Verfolgung sind also, wie man dem Art. 4560 Th. III des Prov. R. zu entnehmen vermöchte, nicht alternativ, sondern können gleichzeitig oder nacheinander gefordert werden. Man könnte sich freilich versucht fühlen, aus Art. 669 des Reichszivilrechts die Schlussfolgerung abzuleiten, daß der Verlust des Rechts, die kriminelle Verfolgung resp. Bestrafung der Beleidigung zu verlangen auch auf die Aufstellung der Entschädigungsklage des Art. 670 des Reichsrechts und in gleicher Weise des Art. 4560 Th. III des Prov. R. zu beziehen sei. Allein dem würde der strikte Wortlaut des Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches entgegenstehen, der diese Folge nur bei Erhebung der Klage wegen des Sühnegeldes (*безчестия*) eintreten läßt, welcher letztere Ausdruck von dem reinen Entschädigungsanspruch wegen des in Folge der Ehrenkränkung erlittenen materiellen Schadens, wie bereits gezeigt wurde, wohl zu unterscheiden ist. Eine analoge Ausdehnung aber der bloß vom Schmerzensgelde handelnden strafrechtlichen Norm des Art. 138 auf den zivilrechtlichen Entschädigungsanspruch des Reichs- und des baltischen Zivilrechts wäre vollends unzulässig.

Anderes steht es mit der Klage auf Widerruf oder Abbitte, wie sie in Art. 4560 angeordnet ist. Zwar scheint soviel klar zu sein, daß nach diesem Art. Beides, sowohl Entschädigung als auch Widerruf oder Abbitte gleichzeitig oder successive vom Beleidigten gefordert werden kann. Allein es entsteht hierbei doch die Doppelfrage, erstens, ob, da Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches eine Klage auf Widerruf und Abbitte nicht erwähnt, eine solche auch dem Strafgesetzbuch überhaupt fremd ist, diese Klagen nicht am Ende als abgeschafft gelten sollen, und zweitens,

ob bei Verneinung dieser Frage eine analoge Ausdehnung der von der Klage auf das Sühnegeld handelnden strafrechtlichen Norm des Art. 138 auf die provinzialrechtliche Klage wegen Widerrufs oder Abbitte statthaft sein soll oder nicht?

Die erste Frage ist zu verneinen. Durch welches Gesetz sollte auch wohl eine solche Abschaffung erfolgt sein? Die Justiznovelle v. J. 1889 über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen hat die Artt. 4560 und 4561 des Provinzialrechts unberührt gelassen, die offizielle Fortsetzung zum III. Theil des Provinzialswob's v. J. 1890 und 1891 führt sie gleichfalls nicht unter den aufgehobenen oder abgeänderten Artikeln an und ebensowenig ist das mit der neuesten russischen offiziellen Ausgabe des III. Th. in Duodez v. J. 1893 der Fall. Ferner werden die Artt. 4560 und 4561 auch noch in dem — offenbar gleichfalls offiziellen — russischen Wort- und Sachregister zum Provinzialswob von Th. v. Bunge genannt und Theorie sowohl wie Praxis haben sie — wiewohl nicht widerspruchlos — anerkannt.\*) Eine allgemeine Abolition jener Bestimmungen durch das Strafgesetzbuch ist aber umsoweniger anzunehmen, als letzteres, wie schon gezeigt, das allgemeine Gesetz, das Provinzialgesetzbuch dagegen das spezielle Gesetz ist, außerdem aber Artt. 4560 und 4561 weiter nichts als privatrechtliche Normen sein wollen d. h. Rechtsnormen, die den Zweck verfolgen, die privatrechtlichen Verbindlichkeiten aus Ehrenkränkungen zu regeln\*\*). Das wird um so klarer, wenn man in Betracht zieht, daß auch die strafrechtliche Norm des Art. 138 P. 2 des Friedensrichterstrafgesetzbuches die zivilrechtliche Klage von der strafrechtlichen insofern unterscheidet, als sie in Bezug auf erstere ausdrücklich auf die Zivilgesetze — allerdings offenbar bloß auf das Reichsrecht — verweist\*\*\*). Zieht man endlich noch den Umstand in Erwägung, daß unter den zu Art. 4560 allegierten Quellen sich irgend welche reichsgesetzliche Bestimmungen nicht finden, sowie daß auch der von der Verjährung der Injurienklage handelnde Art. 4561 auf den privatrechtlichen Charakter derselben hinweist, so unterliegt es keinem Zweifel, daß nach Absicht des Gesetzgebers Art. 4560 ebenso wie der folgende Art. 4561 rein privatrechtliche

\*) Vgl. Erdmann: System, B. VI, S. 521 f. und die dasselbst angeführte Literatur, meine Schrift über die „Klagenverjährung nach lit., esth- und fürländischem Privatrecht“ B. II, S. 486—487, Note 2 und die dasselbst angeführte Literatur, sowie die Zwingmannsche Präjudizatenammlung B. IV, Nr. 870, S. 339 — wo unter Anderem richtig darauf hingewiesen wird, daß Art. 4560 Widerruf und Abbitte nur elektiv, also nur den Widerruf oder nur die Abbitte, nicht beides zugleich gewährt — und B. VI, Nr. 1158, S. 327—329.

\*\*) Vgl. das bei Zwingmann B. IV sub Nr. 1158 wiedergegebene Appellations-erkenntnis des Magischen Rathes, S. 327.

\*\*\*) Vgl. meine Schrift über die Verjährung, S. 487, Note 2.

Normen sein sollen und durch Art. 138\*) des Friedensrichterstrafgesetzbuches selbst in dem Fall nicht abgeändert oder aufgehoben sein können, wenn man als Einführungsdatum des Friedensrichterstrafgesetzbuches das J. 1866 setzen wollte, denn *lex posterior generalis non derogat legi speciali priori*. Die Klage der Artt. 4560 und 4561 Th. III des Prov. Rz. ist eben die Injurienklage — *actio injuriarum* — des gemeinen Rechts, sie will nach der zu vermuthenden Absicht des Gesetzgebers nichts anderes sein, keinen anderen als einen privatrechtlichen Charakter haben. Wenn aber das der Fall ist, wenn der Anspruch aus Art. 4560 als rein privatrechtlicher behandelt werden muß, so kann er durch keine kriminalrechtliche Vorschrift tangiert oder abgeschafft werden, es sei denn, daß eine solche Abschaffung aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes oder aus der Absicht des Gesetzgebers indirekt zu folgern wäre, was aber hier nicht zutrifft. Gibt es also nach ostseeprovinziellem Privatrecht einerseits eine Injurienklage auf Widerruf oder Abbitte, nebenbei auch noch auf Schadensersatz und zwar als privatrechtliche Klage, so giebt es auf der andern Seite in den Ostseeprovinzen keine Kriminalklage auf Widerruf oder Abbitte. Eine solche ist schlechterdings wegen Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches unzulässig d. h. als durch ein allgemeines russisches Reichsgesetz aufgehoben zu erachten. Solche Klage muß der Friedensrichter abweisen, dagegen muß er sie annehmen und ihnen Verfolg geben, wenn sie als privatrechtliche Klagen geltendgemacht werden.

Die zweite Frage dagegen ist zu bejahen. Die allgemeine reichsrechtliche Bestimmung des Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches sagt ja ausdrücklich, daß eine kriminelle Verfolgung der Injurie nicht mehr statthaft ist, sobald der Beleidigte — abgesehen von der Schadensersatzforderung — den zivilrechtlichen Weg erwählt hat. Und das hat seinen guten, gesetzespolitischen Grund. Soll dem Beleidigten wirklich das Recht zugestanden werden, kumulativ, außer der Zivilklage auch noch den Antrag auf kriminelle Bestrafung des Beleidigers zu erheben, so müßte — aus ein und demselben Grunde — auch eine doppelte Verurtheilung des Beleidigers erfolgen können, da ja auch die Zahlung des Sühnegeldes (*беззачетie*) den Charakter einer Strafzahlung, wenn auch nur einer privaten hat. Das würde aber eine offenbare Unbilligkeit gegenüber dem Beklagten involvieren, die mangels positiver Beweise beim Gesetzgeber nicht vorausgesetzt werden könnte, und würde gegen den Grundsatz „*ne bis in idem*“ verstoßen, ebenso wie es ungerecht und widersinnig wäre, dem Kläger, der schon auf dem einen Wege Genugthuung erlangt

\*\*) Auch in der neuesten offiziellen Ausgabe ist die Redaktion des Art. 138 unverändert geblieben.

hat, noch das Recht zu geben, auch den andern Weg zu beschreiten, sich also auf diese Weise eine doppelte Genugthuung zu verschaffen. Daher die Bestimmung des Art. 138. Dieselben Erwägungen sind aber auch für die zivilrechtliche Klage auf Widerruf oder Abbitte maßgebend, wie sie in Art. 4560 zit. Th. III des Prov. Rs. gegeben ist. Zwar drückt derselbe sich nicht so direkt und bestimmt, wie die strafrechtliche Norm des Art. 138 aus, nämlich so:

„Für Ehrenkränkungen, Injurien — kann der Beleidigte — abgesehen von den strafrechtlichen Folgen — nur eine Genugthuung durch Widerruf oder Abbitte verlangen; eine Geldentschädigung — deren Betrag dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist — bloß dann, wenn durch die Injurie ihm ein wirklicher Schaden gewirkt oder ein Gewinn entzogen ist“.

Allein der eigentliche Sinn dieses Artikels ist doch ein nicht mißzuverstehender. Auch hier wäre nämlich es eine durch nichts gerechtfertigte Härte, wenn man den Beklagten einer doppelten Bestrafung, nämlich der kriminellen Bestrafung mit Geldstrafen oder Arrest und außerdem auch der Zivilstrafe des Widerrufes oder der Abbitte aussetzen wollte, auch hier darf eine solche Ungerechtigkeit gegenüber dem Beleidiger auf Seiten des Gesetzgebers nicht suppeditiert werden. Den Satz „abgesehen von den strafrechtlichen Folgen“ kann man also nicht etwa in dem Sinn von: „außer den strafrechtlichen Folgen“ verstehen und dementsprechend daraus die Schlussfolgerung ableiten, daß Art. 4560 zit. dem Beleidigten nicht etwa nur die Wahl zwischen der Zivil- oder der Kriminalklage gebe, sondern ihn vielmehr zu einer gleichzeitigen Anstellung beider Klagen berechtige, mithin also beide Klagen in dem Verhältniß der kumulativen, nicht der elektiven Konkurrenz stünden. So ist Art. 4560 nicht zu verstehen, eine solche Auslegung würde der zu vermuthenden gesetzgeberischen Absicht nicht entsprechen, sondern gerade zu widersprechen. Das, was Art. 4560 und insbesondere der Satz: „abgesehen von den strafrechtlichen Folgen“ sagen wollen, ist vielmehr nur dieses: die Ehrenkränkung erzeugt ein doppeltes Recht auf Seiten des Beleidigten: erstens das Recht, auf zivilrechtlichem Wege und im zivilprozessualen Verfahren vom Beleidiger Genugthuung durch Widerruf oder Abbitte zu verlangen, und zweitens das Recht, auf kriminelle Bestrafung des Beleidigers zu dringen. Allein er hat nicht beides zu gleicher Zeit oder successive, dieses sein doppeltes Recht ist vielmehr nur elektiver, alternativer Natur. Der Beleidigte hat auf Grund der obligatio ex delicto auch nach baltischem Privatrecht nur die Wahl, entweder den zivilrechtlichen oder den kriminalrechtlichen Weg zu betreten. Der eine schließt den andern aus. Wer den Widerruf oder die Abbitte gewählt hat,

kann nicht mehr auf Grund des Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches die Kriminalklage wegen Beleidigung erheben, und umgekehrt, wer die Kriminalklage auf Geldstrafe oder Arrest erhoben hat, verliert damit ipso jure das Recht, hinterher zivilrechtlich auf Widerruf oder Abbitte zu klagen. Der gedachte Art. 4560 hat eben nur den Zweck, die aus der Beleidigung originierenden privatrechtlichen Verbindlichkeiten zu regeln, wobei er den Unterschied zwischen diesen und den strafrechtlichen Folgen indirekt durch den Satz: „abgesehen von den strafrechtlichen Folgen“ hervorhebt d. h. dieserhalb einfach auf das Strafrecht verweist, so als ob er gleichsam gesagt hätte: hinsichtlich der strafrechtlichen Folgen ist die Bestimmung des Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches zu beobachten. Nur so kann man den Art. 4560 zit. auslegen\*) Jeder andere Auslegungsversuch kommt mit der zu vermuthenden gesetzgeberischen Absicht in Konflikt; auf diese aber weist Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches, wie wir schon gezeigt zu haben glauben, deutlich genug hin, wenn er es ausdrücklich ablehnt, den Beleidiger gleichzeitig oder successive einer doppelten Strafe zu unterwerfen und dem Beleidigten eine doppelte Genugthuung zu gewähren, nämlich außer der zivilrechtlichen noch eine strafrechtliche. Dem gekränkten Ehrgefühl ist nach der richtigen Ansicht des Gesetzgebers eben schon auf dem einen oder dem andern Wege Genüge geschehen. Die allgemeine reichsrechtliche Norm des Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches widerspricht also der baltisch-rechtlichen Zivilrechtsnorm des Art. 4560 keineswegs, sie steht auch weder mit andern positiven Gesetzen des Provinzialgesetzbuches noch mit dem allgemeinen Geist desselben in Widerspruch. Alles das berechtigt zur Annahme, daß man hier in der That einen der Fälle hat, wo der zu einem neuern Gesetzeskomplex gehörenden Rechtsnorm allgemeinreichsrechtlicher Natur eine die baltisch-privatrechtlichen Normen des Th. III des Prov. Rs. als des ältern, aber speziellen Rechts ergänzende Rolle zuzuertheilen ist d. h. mit andern Worten: Art. 138 P. 2 des Friedensrichterstrafgesetzbuches ergänzt den Art. 4560 Th. III des Prov. Rs., er hat also auch in den Ostseeprovinzen in der Weise Anwendung zu finden, daß die Anstellung der zivilrechtlichen Klage auf Widerruf oder Abbitte in Grundlage des Art. 4560 Th. III des Prov. Rs. den Kläger des Rechts beraubt, nun außerdem auch noch die Kriminalklage auf Grund des Art. 138 des Friedensrichterstrafgesetzbuches zu erheben und umgekehrt. Beide Klagen also kon-

\*) De lege ferenda ist allerdings die Fassung: „abgesehen von den strafrechtlichen Folgen“ in Art. 4560 zu tabeln, allein de lege lata muß es bei derselben bleiben und hat man sich mit ihr, wie das im Text geschehen ist, abzufinden.

kurrieren miteinander elektiv, nicht kumulativ. Dies und nur dies allein kann die wahre Absicht des Gesetzgebers in Art. 4560 gewesen sein. Solches ist auch — soweit meine Erfahrungen reichen — in der heutigen friedensrichterlichen Praxis anerkannt, während die Praxis der ehemaligen Rigaschen Stadtgerichte die Frage bisweilen für zweifelhaft gehalten zu haben scheint\*). Auf jeden Fall aber steht so viel fest, daß die Erdmannsche These zur Entscheidung dieser zweiten Frage allein für sich nicht ausreicht. —

Art. 723 Th. III des Prov. Rs. läßt für den, der auf fremdem Grund und Boden oder überhaupt auf fremdem Jagdrevier ein Stück Wild erlegt und okkupiert, Eigenthümer des okkupierten Wildes werden, trotzdem daß es sich hier um Verletzung eines fremden Jagdrechts handelt. — Dagegen spricht §. 10 Art. IV des für einen großen Theil Rußlands und darunter auch Liv- und Esthland erlassenen Jagdgesetzes vom 3. Februar 1892 von dem Gelde, das aus dem Verkauf des dem Wilderer abgenommenen Wildes gelöst ist. Damit scheint also ein Eigenthümerwerb am Wilde durch Okkupation vom allgemeinen Reichsgesetz im Gegensatz zu der speziellen privatrechtlichen Norm des Art. 723 Th. III des Prov. Rs. geleugnet zu werden. Allein de facto wird — wie ich in meiner Schrift: „Eigenthümerwerb am Wilde durch Okkupation“ (Riga 1904) S. 169 ff. auszuführen versucht habe — die baltisch-rechtliche Norm des Art. 723 zit. durch die reichsrechtliche Norm des Art. IV §. 10 des Jagdgesetzes in keiner Weise tangiert, da es sich in letzterer um eine unabhängig von der zivilrechtlichen Wirkung der Okkupation eintretende Straffolge handelt, während Art. 723 eine rein zivilrechtliche Wirkung ausspricht, die vom Jagdgesetz garnicht als aufgehoben oder abgeändert angeführt wird und trotz obligatorischer Geltung des letztern in den Ostseeprovinzen doch nur eine Vermirkung des bereits erworbenen Eigenthums involviert. Abgesehen hiervon aber läßt sich auch in dieser Frage die allgemeine Regel des Art. 79 B. I des Swods der Reichsgesetze oder, was dasselbe ist, die gemeinrechtliche Regel: „lex posterior generalis non derogat legi speciali priori,“ anrufen, da das Jagdgesetz v. J. 1892 das allgemeine spätere, also ein Reichsgesetz ist, während Art. 723 zit. zusammen mit der ihn enthaltende Modifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 als das frühere spezielle Gesetz erscheint, das nur insoweit aufgehoben sein könnte, als der Gesetzgeber solches ausdrücklich ausgesprochen hätte oder als eine Aufhebung nach der zu vermuthenden Absicht des Gesetzgebers und in Übereinstimmung mit dem Geist des provinziellen Privatrechts anzunehmen wäre, was vorliegenden Falls nicht zutrifft.

\*) Vergl. die Zwungmannsche Sammlung B. VI, Nr. 1158, S. 329.

Art. 13 P. 8 des Stempelsteuergesetzes vom 10. Juni 1900 enthält die Vorschrift, daß Testamente mit einer Stempelmarke zu einem Rubel für jeden Bogen zu besteuern seien. (Nach der neuerdings erlassenen Ergänzung zum Stempelsteuergesetz ist die Norm von einem Rubel um fünfundzwanzig Kopfen erhöht worden). Dagegen befreit das ostsee-provinzielle Privatrecht alle Privatteestamente von jeglicher Stempelsteuer, wie solches in Art. 2078 Th. III des Prov. Rs. ausdrücklich angeordnet wird. Da nun das neue Stempelsteuergesetz zweifellos auch für die Ostseeprovinzen gilt, dasselbe also auch mit Art. 13 P. 8 der Fall sein muß und da letzterer außerdem zwischen den einzelnen Arten von Testamenten, also namentlich auch zwischen privaten und öffentlichen (notariellen) Testamenten gar nicht unterscheidet, sondern ganz allgemein jedes Testament dem erwähnten Stempelsteuerbetrage unterwirft — wie das ja auch schon in dem früheren Stempelsteuerstatut der Fall war — so entsteht die Frage, ob Art. 13 P. 8 in den Ostseeprovinzen zu gelten hat oder nicht oder mit andern Worten: ob Art. 13 P. 8, was die Besteuerung von Privatte Testamenten anbelangt, dem Art. 2078 Th. III des Prov. Rs. derogiert oder nicht? Wie unzulänglich die Erdmann'sche Ansicht zur Entscheidung dieser Frage ist, tritt gerade in diesem Fall sehr deutlich hervor. Denn zweifellos will Art. 13 P. 8 eine Stempelsteuervorschrift, insoweit also eine öffentlichrechtliche, keine privatrechtliche sein. Allein Art. 2078 steht ihr als rein privatrechtliche diametral entgegen. Die Erdmann'sche Ansicht versagt, weil beide zwei verschiedenen Rechtsgebieten angehörenden Rechtsnormen ein und denselben Gegenstand betreffen, letzteren aber in entgegengesetzter Art und Weise regeln d. h. einander direkt widersprechen. Folglich muß man sich nach einer andern Lösung umsehen. Nach unsern vorherigen Ausführungen ist sie nicht weit zu suchen. Die Kodifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 — und mit ihr auch der vom Justizreformgesetz d. J. 1889 intakt gelassene Art. 2078 — ist das frühere spezielle d. h. nur in den Ostseeprovinzen geltende Gesetz, das Stempelsteuergesetz v. J. 1900 — und mit ihm auch Art. 13 P. 8 — ist das spätere, allgemeine d. h. für das ganze Reich geltende Gesetz, das dem frühern speziellen Gesetz in keiner Hinsicht Abbruch thun kann, sondern dasselbe — mangels ausdrücklicher gesetzgeberischer Hinweise — unberührt lassen muß: „lex posterior generalis non derogat legi speciali priori“, ein Satz, der, wie mehrfach betont worden, dem Art. 79 B I des Swods der Reichsgesetze zu Grunde liegt. Ein besonderer Hinweis darauf, daß auch die Privatteestamente der Ostseeprovinzen einer Stempelsteuer — und zwar zu dem genannten Betrage — unterliegen sollen, findet sich aber in Art. 13 P. 8 nicht, es wird daselbst nicht gesagt, die Vorschrift des Art. 2078 Th. III des Prov. Rs. habe in den

Ostseeprovinzen keine Geltung mehr. Ein derartiger Hinweis ist wohl in Rücksicht auf den sonstigen Inhalt wie überhaupt auf den ganzen Geist des Art. 2078 unterblieben. Denn nach diesem Art. ist es überhaupt gleichgültig, auf welcher Art Material das Privattestament geschrieben ist. Demnach ist es nach ostseeprovinziellem Privatrecht eine gültige Form des Privattestaments, wenn der Text desselben in eine Holzplatte eingeschnitten, in eine Steintafel eingegraben oder auf Leinwand oder Leder geschrieben ist, wo alsdann das Draufflehen einer Stempelmarke schon in technischer Hinsicht auf große Schwierigkeiten stoßen würde, während doch das Stempelsteuergesetz bloß das Papier als Material, worauf die Stempelmarken geklebt werden, kennt während eine Berechnung der Steuer nach Bogen bei einem solchen anderen Material z. B. Stein, Metall, Holz und Leder offenbar unanwendbar wäre.

Alle diese Gründe führen m. E. n. mit Nothwendigkeit dazu, eine Einwirkung der allgemeinen reichsrechtlichen Vorschrift des dem Stempelsteuerrecht angehörigen Art. 13 B. 8 auf die privatrechtliche Norm des Art. 2078 Th. III des Prov. Ns. abzulehnen, demgemäß also anzunehmen, daß Privattestamente nach ostseeprovinziellem Privatrecht gar keiner Stempelsteuer unterliegen. Da aber auch nach Reichszivilrecht (B. X des Swob, Art. 1045) Privattestamente auf gewöhnlichem Papier, ohne Stempelmarke geschrieben werden können, so ergibt sich speziell für die stempelsteuerrechtliche Vorschrift des Art. 13 B. 8 die Folge, daß dieser Artikel sich bloß auf notarielle Testamente beziehen kann, die allerdings der Stempelsteuer auf allgemeiner Grundlage unterliegen. —

Auch das Wechselrecht liefert für unsere Zwecke Ausbeute. Besonders lehrreich ist nach dieser Richtung hin eine Vergleichung der wechselrechtlichen Verjährung mit der allgemeinen Verjährung des liv- und estländischen Rechts. Erstere ist in der neuen Wechselordnung vom 27. Mai 1902 Art. 73 für Klagen des Wechselinhabers gegen den Wechselaussteller auf fünf Jahre — gerechnet vom Verfalltage — normiert. Dagegen beträgt die allgemeine Verjährungsfrist des liv- und estländischen Rechts, wie aus Art. 3620 der Kodifikation des baltischen Privatrechts hervorgeht, für alle Klagrechte, mit Ausnahme der besonders genannten Fälle, zehn Jahre. Verjähren also Wechselklagen in Liv- und Esthland in zehn oder in fünf Jahren oder mit andern Worten: gilt die Vorschrift des Art. 73 auch in Liv- und Esthland? Wollte man sich hier nur an den Satz: „lex posterior generalis non derogat legi speciali priori“ resp. den Artikel 79 Band I des Swobd der Reichsgesetze halten, so müßte man die aufgeworfene Frage verneinen. Denn das Wechselgesetz ist das spätere allgemeine, der Th. III des Prov. Ns. das frühere spezielle Gesetz. Allein dennoch würde sich eine solche Konstruktion mit der Klar zu



Tage liegenden gesetzgeberischen Absicht in Widerspruch setzen und daher von der Hand zu weisen sein: in diesem Fall reicht jener allgemeine Grundsatz zur Entscheidung unserer Frage eben nicht aus. Es ergibt sich das aus folgender Erwägung: Art. 73 zit. des Wechselordnung will eine rein wechselrechtliche Norm sein. Diese rein wechselrechtliche Norm aber will augenscheinlich in allen Theilen des russischen Reiches ohne jede Ausnahme, also auch in den Ostseeprovinzen angewandt werden. Wäre das nicht die Absicht des Gesetzgebers, so könnte Art. 73 überhaupt so gut wie gar keine Anwendung in Rußland finden, da ja auch nach Reichszivilrecht eine zehnjährige Verjährungsfrist als die allgemeine gilt (vgl. Art. 692 B. X des Swods), in der Wechselordnung aber nichts darüber gesagt ist, daß etwa im Geltungsgebiete des Reichszivilrechts nicht eine fünfjährige, sondern eine zehnjährige Verjährung der Wechselklagen zu gelten habe. Es giebt also überhaupt nur die Alternative; entweder man nimmt sowohl für das Reichszivilrecht als auch für das baltische Privatrecht eine zehnjährige Verjährung der Wechselklagen an, leugnet also die Anwendbarkeit des Art. 73 im Inneren Rußlands und in den Ostseeprovinzen, oder man erklärt Art. 73 d. h. also die fünfjährige Verjährung des Wechselrechts im Innern Rußlands für anwendbar und gelangt damit zu einer Anwendung derselben auch in Liv- und Esthland. Da nun aber die erstere Annahme unmöglich, weil zu widersinnigen Resultaten führend ist, so bleibt nur die zweite Annahme übrig. Folglich müssen auch nach Liv- und esthländischem Recht Wechselklagen in fünf, nicht in zehn Jahren verjähren. Art. 73 schafft also hier neues Privatrecht, er statuiert einen neuen baltischen Privatrechtssatz, der allerdings nur demjenigen Theil der Gesamtheit aller in den Ostseeprovinzen geltenden Privatrechtsnormen angehört, den man „Wechselrecht“ nennt\*). Dies Resultat widerspricht auch im übrigen keineswegs dem Geist des baltischen Privatrechts, ist also um so eher zu akzeptieren. Andererseits widerspricht er aber auch nicht der Bestimmung des Art. 3620 Th. III Provinzialrechts, da es sich bei Art. 73, wie gesagt, um eine rein wechselrechtliche Vorschrift handelt, die Modifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 aber keinerlei Rechtsnormen über Wechsel enthält. Und dazu kommt noch, daß auch die frühere russische Wechselordnung hier Geltung hatte, der neue Wechselstaf also mit allen seinen Vorschriften in den Ostseeprovinzen bereits geltendes russisches Wechselrecht vorfand. Aus ähnlichen Gründen sind auch die Bestimmungen des Reichsrechts über Bank- und Kreditwesen sowie überhaupt das Handelsrecht mit

---

\*) Ich setze als bekannt voraus, daß das Wechselrecht seiner innern Natur nach Privatrecht ist.

Ausnahme einzelner durch die Provinzialgesetze gebotener lokaler Abweichungen als in den Ostseeprovinzen geltendes Recht zu behandeln, und deshalb muß auch jede dieses Gebiet betreffende Gesetzesnovelle — sowie sie dem besondern Provinzialrecht nicht widerspricht — auch in den Ostseeprovinzen Geltung haben. In dem vorliegenden Fall ist also die Erdmannsche These durchaus anwendbar. Nach demselben Prinzip ist auch Art. 2 der neuen russischen Wechselordnung vom 27. Mai 1902 als in den Ostseeprovinzen geltendes Recht zu betrachten. Außer den Personen geistlichen Standes aller Glaubensbekenntnisse und den grundbesitzlosen Bauern, die keinen Gewerbeschein gelöst haben, entbehren der Fähigkeit, sich wechselmäßig zu verpflichten auch Ehefrauen, denen ihre Ehemänner keine Erlaubniß gegeben haben, Wechsel auszustellen oder sich überhaupt wechselmäßig zu verpflichten, auch wenn sie auf ihren eigenen Namen Handel treiben, also Handels- resp. Kauffrauen sind. Der sonst im Prov. R. anerkannte Grundsatz, daß Ehefrauen im Allgemeinen die volle Handlungs- resp. Verpflichtungsfähigkeit haben, und, wenn sie Kauf- oder Handelsfrauen sind, in Bezug auf die zu Zwecken des Handels- oder Gewerbebetriebes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auch nicht der geringsten Einschränkung unterliegen und in keiner Hinsicht an die Zustimmung resp. Mitwirkung des Ehemannes gebunden sind,\*) erleidet somit eine entsprechende Änderung durch Art. 2 zit. der Wechselordnung. Hier überwiegt also das spezielle Wechselrecht und geht dem baltischen Recht vor. Dagegen kann die weitere Bestimmung des Art. 2 zit., daß auch für unverheirathete volljährige, aber von ihren Eltern noch nicht abgetheilte Jungfrauen dasselbe gelten soll d. h. daß auch diese Personen ohne Erlaubniß ihrer Eltern sich nicht wechselmäßig verpflichten dürfen, selbst wenn sie einen Handel auf eigenen Namen führen, in den Ostseeprovinzen keine Geltung beanspruchen, weil die abgetheilten Kinder im Provinzialgesetzbuch keine von den unabgetheilten Kindern abweichende Rechtsstellung einnehmen und überhaupt an die Abtheilung der Kinder im Allgemeinen gar keine Sonderwirkungen, insbesondere nicht in der letztgenannten Hinsicht, geknüpft werden. Art. 2 der W. O. bezieht sich auf eine Unterscheidung, die zwar das reinrussische Privatrecht des B. X des Smods, nicht aber auch das baltische Provinzialgesetzbuch kennt. Als letztes Beispiel wäre auf den Ustav der Wegekommunikationen, B. XII Th. I des Smods der Reichsgesetze (Ausg. v. J. 1857) und zwar auf die Bestimmungen über den Verkehr auf Wasserstraßen (Art. 82—532 ibid.), unter diesen aber wieder speziell auf die Bestimmungen über den Leinpfad (russ.: „бечевникъ“) hingewiesen. Zweifellos wollen die Artt. 82—523 Reichsrecht sein und als solche im ganzen russischen Reiche, also auch in

\*) Vgl. z. B. Artt. 92 und 104 Th. III des Prov. Rs.

den baltischen Ostseeprovinzen Geltung beanspruchen. Insofern nun die allegierten Gesetzesartikel des Wegekommunikationsstatuts öffentliches Recht involvieren, wird ihre obligatorische Geltung in den Ostseeprovinzen kaum abzulehnen sein, da letztere nicht, wie etwa Finnland, ihr besonderes öffentliches Recht haben. Mit den Rechtsbestimmungen über den Leinpfad liegt aber die Sache doch anders. Die Kodifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 hat eine nicht geringe Anzahl wasserrechtlicher Bestimmungen aufgenommen, die zwar zuweilen eine polizei- resp. öffentlich-rechtliche Färbung aufweisen, ihrem inneren Wesen und ihrem eigentlichen Charakter nach aber doch zu den privatrechtlichen Normen zu rechnen wären, insofern sie gewisse Beschränkungen des Eigenthümers in seiner Privatrechtssphäre zu Gunsten des Gemeinwohls — und zwar in unserem Fall speziell des Verkehrs auf Wasserstraßen — involvieren und damit an die sogenannten Regalservituten heranstreifen. Insofern es sich nun um solche Bestimmungen handelt, wird bei einem etwaigen Widerspruch zwischen den gedachten allgemein reichsrechtlichen und den der baltischen Kodifikation angehörenden privatrechtlichen Normen oder im Fall einer von der Kodifikation gelassene Lücke gemäß unseren vorherigen Ausführungen die baltisch-rechtliche Norm als jüngere, spezielle der reichsrechtlichen Norm als der generellen älteren unbedingt vorzugehen haben und dementsprechend auch einer Ergänzung durch etwaige Bestimmungen des Wegekommunikationsstatuts nicht zugänglich sein. —

Die Bestimmungen der Kodifikation des baltischen Privatrechts über das Wasserrecht finden sich in den Artt. 1011—1056 Th. III des Prov. Rs., unter denen wiederum Artt. 1028—1030 und 1037 vom Leinpfade handeln. Nur mit letzteren und ihrem Verhältniß zu den vom Leinpfade handelnden Artt. 348—390 des Wegekommunikationsstatuts werden wir uns an dieser Stelle zu beschäftigen haben.

Das Recht des Leinpfades existierte in den Ostseeprovinzen schon lange vor der russischen Herrschaft. So wird desselben beipielweise schon im Privilegium des Königs Sigismund III. für Riga vom J. 1583 sowie im B. 11 des kurländischen Landtagsabscheides vom 8. Juli 1684 Erwähnung gethan, in welchem letzteren es ausdrücklich heißt:

„In denen fahrbaren Bächen sollen die Böte ihren freien Gang behalten, und der Pfad am Ufer nicht besäet, noch den Leuten gehindert werden, jedoch, daß dem Grundherrschaften hievon an seinem Gelände und anderen Nutzbarkeiten dadurch kein Schaden erwachse, bey Erstattung des Schadens“.

Dementsprechend bestimmt Art. 1028 der Kodifikation des ostseeprovinziellen Privatrechts:

„Längs dem Meeresstrande sowohl, als längs den Ufern großer, nicht in Privateigenthum stehender Landseen, desgleichen zu beiden Seiten schiffbarer Ströme, sowie solcher, auf denen Holz gefloßt wird, müssen die Grundeigenthümer einen entsprechenden Raum, als Leinpfad, zur Benutzung für die Schifffahrt und Holzflößenden, frei, unbesäet und unbebaut lassen“, und Art. 1030 :

„der Leinpfad wird von den Schifffahrern und Flößenden zu Landungsplätzen, zum Ziehen, sowie zur Ausbesserung ihrer Fahrzeuge, zum Stapeln des Holzes und anderer Waaren, zum Trocknen der Tackelage etc. unentgeltlich benutzt. Dagegen müssen sie für allen Schaden, den sie an Aedern oder anderen Nutzbarkeiten der an die Gewässer gränzenden Grundeigenthümer anrichten, aufkommen“.

Während nun das baltische Privatrecht für den Leinpfad eine bestimmte räumliche Ausdehnung nicht vorschreibt, geschieht das im Wegekommunikationsustav allerdings. Art. 359 bestimmt nämlich, daß der Leinpfad eine Breite von zehn Arschin, gerechnet vom Uferrande, haben müsse, und hieran müssen sich — in den innerrussischen Gouvernements — die Gerichte halten, während in den Ostseeprovinzen für den Leinpfad nur ein „entsprechender“ Raum, ohne Breiteangabe, frei bleiben soll. Entstand im Einzelfall Streit hinsichtlich der Frage nach der Breite des Leinpfades, so wurde die Festsetzung derselben in der Praxis vor dem Justizreformgesetz vom J. 1889 dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, das sich seinerseits wieder nöthigenfalls auf Gutachten Sachverständiger, auf das Ortsherkommen oder Gewohnheitsrecht gründete. In diesem Sinne ist aber Art. 1028 Th. III. des Prov. Rk. auch jetzt noch auszulegen, dem Art. 359 des Wegekommunikationsustavs mithin jegliche Anwendbarkeit in den Ostseeprovinzen zu versagen. Wenn deshalb Schiffer oder Flößer zc. in den Ostseeprovinzen auf den Ufern schiffbarer Flüsse das Leinpfadsrecht auf einer Breite von 10 Arschin, vom Uferrande aus, ausüben, auf diesem Raum etwaige zur Schifffahrt oder Flößung erforderliche Anlagen errichten und dadurch dem betreffenden Gelände Schaden zufügen, ohne sich auf den wirklich vorhandenen Leinpfad zu beschränken, so verletzen sie damit die positive Vorschrift des Art. 1028 des Th. III. des Prov. Rk. und werden den Eigenthümern des betreffenden Geländes schadensersatzpflichtig, ohne daß sie sich — und wäre es auch die Prone selbst — zu ihrer Rechtfertigung auf die reichsrechtliche Norm des Art. 359 des Wegekommunikationsustavs berufen könnten. — Daher wäre es ebenso verfehlt, die Eintheilung der Leinpfade in natürliche und künstliche, wie sie das Reichsrecht statuiert (vgl. Artt. 361 und 369 des Wegekommunikationsustavs) auch für das ostseeprovinzielle Privatrecht,

daß eine solche Eintheilung nicht kennt, gelten zu lassen. Denn in den Ostseeprovinzen basiert das Recht des Leinpfades seit Alters her auf Gesetz und Gewohnheit, es giebt hier bloß natürliche, nicht auch künstliche, auf Anordnung der Regierung errichtete und unterhaltene Leinpfade. Auch die Krone muß sich daher in den Ostseeprovinzen gleich gewöhnlichen Privatpersonen bei Ausübung des Leinpfadrechts auf den gewohnheitsrechtlich, herkömmlich resp. gerichtlich festgestellten, de facto als Leinpfad geltenden Raum beschränken, darf nur innerhalb dieses Raumes irgend welche der Schifffahrt oder Flößung dienliche Anlagen errichten und unter keinen Umständen den bestehenden Leinpfad künstlich verbreitern.

Hätte nun die Kodifikation des baltischen Rechts v. J. 1864 der — wenn auch nur subsidiären — Anwendung der Artt. 359—390 des Wegekommunikationsstatuts wirklich Raum lassen wollen, so hätte sie wohl unbedingt zu dem nächstliegenden Mittel gegriffen, nämlich eine solche Anwendung des Reichsrechts entweder ausdrücklich ausgesprochen oder dieselbe wenigstens indirekt durch Anführung der gedachten Artt. des Wegekommunikationsstatuts unter den Quellenzitationen zu Art. 1028 zit. zu erkennen gegeben. Beides ist aber nicht geschehen und deshalb sowie in Anbetracht dessen, daß kein einziger der vom Leinpfade handelnden Artikel der Kodifikation des baltischen Privatrechts durch die Justiznovelle von 9. Juli 1889 oder durch irgend ein anderes Gesetz aufgehoben ist, letztere vielmehr in toto unberührt gelassen sind, ist es als unzweifelhafte Absicht des Gesetzgebers anzunehmen, das Recht am Leinpfade in den Ostseeprovinzen nicht auf Grund reichsrechtlicher Vorschriften zu regeln, ja solche nicht einmal subsidiär zur Anwendung zu bringen, sondern in dieser Hinsicht einzig und allein im Zusammenhang mit der historischen Entwicklung dieses Rechtsinstituts die privatrechtlichen Normen des Th. III. des Provinzialrechts gelten zu lassen. — Also nicht nur der Umstand, daß die privatrechtlichen Bestimmungen des Th. III. des Prov. Rs jüngeren Ursprunges als die Artt. 358—390 des Wegekommunikationsstatuts und außerdem letzteren gegenüber als das spezielle Gesetz aufzufassen sind, sondern auch die Interpretation aller dieser Artt. selbst ergibt die Unmöglichkeit, jene reichsrechtlichen Bestimmungen in den Ostseeprovinzen anzuwenden, ihnen gegenüber den provinzialrechtlichen Normen des Th. III. des Prov. Rs den Vorzug zu gewähren oder ihnen auch nur die Rolle eines Subsidiärrechts einzuräumen\*). Die Erdmannsche These versagt also hier wiederum.

\*) Letzteres wird vom Senat leider noch immer nicht in genügendem Maße anerkannt, vgl. z. B. das Urtheil in Klagesachen Baron Matthias von der Redde gegen die Krone vom 17. November 1904 sub Nr. 113, woselbst den Bestimmungen des Wegekommunikationsstatuts über den Leinpfad gegenüber den diesbezüglichen Bestimmungen des Provinzialgesetzbuches der Vorzug eingeräumt wird.

Nach ähnlichen Grundsätzen hat sich nun auch die Beantwortung des Falles zu gestalten, wo ein nur dem andern Rechtsgebiet, also z. B. dem Wechsel- Stempel- oder Verkehrsmunikationsrecht angehörendes Gesetz neu erlassen wird. —

Die vorliegenden Erörterungen über die sub Nr. 1 dieser Abhandlung aufgeworfene Frage, nämlich inwieweit Gesetze, die für das ganze russische Reich erlassen sind, auch für das ostseeprovinzielle Privatrecht von derogierendem oder abänderndem Einfluß sind, brauchen nicht den Vorwurf der Buntschichtigkeit oder allzu kasuistischen Entscheidung zu fürchten, denn augenscheinlich liegt ihnen ein allgemeines Prinzip zu Grunde und dieses würde nach dem Vorhergehenden etwa so lauten:

Einmal wird der Satz: „*lex posterior generalis non derogat legi speciali priori*“ nebst den aus demselben zu ziehenden Schlußfolgerungen, vor Allem aber die Entscheidung darüber, ob die neuerlassene reichsrechtliche Norm eine privatrechtliche sein will oder nicht d. h. mit einem Worte: der Wille des Gesetzgebers oder ob sie dem andern Rechtsgebiet angehört, als allgemein leitendes Prinzip für die Beantwortung der Frage in Betracht kommen, inwiefern sie auf einen dem ostseeprovinziellen Privatrecht angehörenden Rechtsatz derogierend oder abändernd einwirkt. Allein diese beiden allgemeinen Grundsätze sind zur Entscheidung der Frage nicht überall ausreichend, so namentlich in allen den Fällen, wo der Wille des Gesetzgebers nicht zu ermitteln ist d. h. dunkel bleibt, und dann bedarf es aller sonstigen in der Rechtswissenschaft anerkannten und gesetzlich statthafter Interpretationsmittel, der logischen, grammatischen und historischen Interpretation beider Rechtsätze\*), um auf diesem Wege den Kernpunkt, nämlich die eigentliche und wahre Absicht des Gesetzgebers aufzufinden. Ohne eine genaue Interpretation der jeweilig einander gegenüber stehenden, verschiedenen Rechtsgebieten resp. verschiedenen Gesetzkomplexen angehörenden Rechtsnormen wird die Entscheidung der obig aufgeworfenen Frage vielfach zu falschen Ergebnissen führen. Es muß also stets von Fall zu Fall geprüft werden,

---

\*) Natürlich ist es auch für das ältere provinzielle Recht ganz unzureichend, wenn Bunge: Wie und nach welchen Regeln etc. § 9 S. 24 f. die allgemeinen reichsrechtlichen Interpretationsnormen in corpore auf das Provinzialrecht seiner Zeit anwenden will. — Gänzlich kritiklos aber verfährt Nielsen: „Versuch einer Darstellung des Erbfolge Rechts in Biesland nach Land- und Stadt-Rechten“, Th. I. (1822) S. 4 in der Note, der dem Reichsrecht allgemeine Gültigkeit gleich nach den besonderen Provinzialgesetzen, aber vor dem gemeinen Recht einräumt.

inwiefern ein z. B. dem öffentlichen Recht angehörender Rechtsatz auf das ostseeprovinzielle Privatrecht einwirkt. Eine durchgreifende, auf alle oder auch nur auf die überwiegende Mehrzahl der Fälle anwendbare Regel giebt es, wie wir gesehen haben, nicht\*). —

In der älteren, namentlich aus der Zeit vor Emanation des Provinzialgesetzbuches vom J. 1864 herrührenden Litteratur des ostseeprovinziellen Privatrechts wurde die Entscheidung der sub Nr. 1 aufgeworfenen Frage nicht selten mit einer andern verquickt und auf diese Weise beträchtlich verdunkelt. — Man fragte nämlich: sind in den Ostseeprovinzen alle Senatsukafen, die eine Gesetzespromulgation enthalten, anwendbar oder nur diejenigen, welche von der örtlichen Gouvernementsregierung zur „Wissenschaft“ oder „Nachachtung“ publiziert worden sind?

Es standen sich hier in der Hauptsache drei Theorien gegenüber. Nach der einen sollten nur diejenigen Ukase in den Ostseeprovinzen Geltung beanspruchen können, die hierselbst von der Gouvernementsregierung zu Jedermanns Nachachtung publiziert worden seien, nicht auch die nur zur Wissenschaft promulgierten Allerhöchsten Ukase. Die zweite Theorie verwarf diese Unterscheidung und lehrte die bedingungslose Anwendung aller Ukase, auch wenn sie in den Ostseeprovinzen überhaupt nicht publiziert worden seien. Es genüge die allgemeine, dem russischen Staatsrecht entsprechende Promulgationsform, also Veröffentlichung in der Senatszeitung, dem Regierungsanzeiger zc., um die Anwendbarkeit des Gesetzes in den Ostseeprovinzen zu begründen, es sei denn, daß ein solcher Ukas nicht einem speziellen Provinzialrechtsatz widerspreche. Drittens endlich die Praxis lehrte allgemein die Anwendbarkeit aller russischen Ge-

---

\*) So scheinbar auch Bunge: „Wie kann der Rechtszustand zc.“ S. 42 f. Note 14, wiewohl er im Allgemeinen die Anwendbarkeit allgemeiner russischer Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen leugnet. Vgl. auch die Abhandlung: „Über Anwendung des Allerhöchst bestätigten Gutachtens des Reichsraths vom 16. Junius 1812 in den livländischen Gerichten“ in B. II des v. Bröcker'schen Jahrbuches S. 74 und 75, woselbst die Anwendbarkeit dieses Reichsrathsgutachtens in den Ostseeprovinzen aus den — damals geltenden — Provinzialgesetzen selbst abgeleitet wird, sowie andererseits Dabelow: „Über die Anwendung des Ukases vom 28. Julius 1812 in den livländischen Gerichten“ in B. I des Bröcker'schen Jahrbuches S. 169 ff., der im Hinblick auf den vom russischen Reichsprozeß gänzlich verschiedenen baltischen Zivilprozeß sowie auf den Geist des russischen Rechts zu einer Unanwendbarkeit dieses Ukases in den Ostseeprovinzen oder doch nur zu einer bedingten Anwendbarkeit desselben gelangte, wiewohl er von der livländischen Gouvernementsregierung zu Jedermanns Wissenschaft oder Nachachtung am 27. September 1812 publiziert worden war. (Bis zum J. 1889 galt nämlich bei uns der gemeinrechtliche Zivilprozeß, zum Theil subsidiär, zum Theil prinzipieller).

setze in den Ostseeprovinzen, die mittelft gedruckter Bogen von der Gouvernementsregierung — also etwa in der Gouvernementszeitung — publiziert worden seien. —

Die erste Ansicht wurde von Dabelow in Bröckers Jahrbuch B. I., S. 191 u. 192, Samson v. Himmelfjerna in Bröckers Jahrbuch B. II. S. 37 ff., Hegel in B. I. dieses Jahrbuches S. 181 f. und Bunge in seinem „Repertorium“ S. 72 vertheidigt, der sie aber nachher in seinem lib- und esthl. Priv. R., B. I. § 12, S. 23 wieder änderte. Die zweite Ansicht vertrat insbesondere v. Petersen in Bröckers Jahrbuch B. II., S. 59–63, während die dritte, in der Praxis gangbare Ansicht namentlich von Nielsen: „Prozeßform für Livland“ § 62 aufgestellt wird.

Allein gerade jene Fragestellung mußte auch vom richtigen Wege abführen. Die Verwechselung derselben mit einem andern Punkte ist in die Augen springend. Die Frage, welche Erfordernisse überhaupt ein Gesetz schon in rein formaler Hinsicht haben muß, um für die Einwohner der Ostseeprovinzen rechtsverbindlich zu sein, hat mit der andern, unter welchen Umständen und Voraussetzungen ein von der Regierung erlassenes allgemeines Gesetz materiell auch für die Ostseeprovinzen Geltung beanspruchen kann und muß, a priori nichts gemein. Denn die erste Frage ist eine staatsrechtliche und beantwortet sich vorwiegend nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts, die zweite ist privatrechtlicher Natur und kann ihre Beantwortung vornehmlich nur im Gebiete des Privatrechts finden. Und auch die erste Frage erkennt offenbar die maßgebenden Gesichtspunkte. Ein Gesetz, mag es nun ein spezielles, nur für die Ostseeprovinzen erlassenes oder mag es ein generelles, für das ganze Reich geltendes Gesetz sein, bedarf, um Gesetzeskraft zu erlangen, durchaus nicht der Publikation zur Nachachtung in einer der örtlichen Gouvernementszeitungen. Es erlangt vielmehr Gesetzeskraft in dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Umfange schon mit dem Moment, wo es verfassungsmäßig d. h. gemäß den Grundsätzen des russischen Staatsrechts zustande gekommen ist, und zwar für alle diejenigen Gebiete, für die es nach Absicht des Gesetzgebers gelten soll. Damit ist aber die Entscheidung der Frage, ob das Gesetz auch für die Ostseeprovinzen zu gelten hat oder nicht, eo ipso schon entschieden, ohne daß man darauf zu sehen hat, ob eine Publikation zur Nachachtung oder auch nur zur Wissenschaft in einer der drei baltischen Gouvernementszeitungen erfolgt ist oder nicht. Die bloße Thatsache der Publikation zur Nachachtung in der Gouvernementszeitung einer der drei Ostseeprovinzen hätte also wohl nur die Bedeutung, daß sich von nun an Niemand, der im örtlichen Gebiete lebt, mit Unkenntniß dieses Gesetzes entschuldigen kann und darf. Niemals also kann der Umstand, daß die Gouvernementsregierung irgend ein russisches, neuerlassenes Reichsgesetz in



Grundlage des Art. 58 des Swods der Reichsgesetze in der Gouvernementszeitung zur Nachachtung publiziert, demselben größere oder überhaupt andere Kraft verleihen, als sie ihm nach den Grundsätzen richtiger Gesetzesauslegung ohnehin schon beizumessen. Daraus sowie aus dem Vorhergehenden ergeben sich unschwer folgende drei Sätze:

1. Wenn die Gouvernementsregierung in Liv-, Esth- oder Curland ein neues Gesetz zur Nachachtung in der betreffenden Gouvernementszeitung publiziert, so ist die Thatsache dieser Publikation noch nicht zur Entscheidung der Frage ausreichend, ob es auch in den Ostseeprovinzen, die ihr eigenes Privatrecht haben, gelten soll, vielmehr muß die Entscheidung darüber andere Momente und Erwägungen zu Rathe ziehen, und so kann sich auf dem Wege der Gesetzesauslegung und der Berücksichtigung der Eigenthümlichkeiten des baltischen Privatrechts gegebenenfalls das Resultat ergeben, daß ein zur Nachachtung in der Gouvernementszeitung publiziertes Gesetz in keiner der drei Ostseeprovinzen anzuwenden ist \*).

2. Das neuerlassene Gesetz kann und muß daher auch in dem Fall in den Ostseeprovinzen angewandt werden, wenn es in der Gouvernementszeitung überhaupt nicht, auch nicht einmal zur Wissenschaft publiziert worden ist, sobald nur sonstige Erwägungen der Gesetzesauslegung auf Grundlage der in Nr. 1 dieser Abhandlung angedeuteten Prinzipien eine derartige Anwendung verlangen.

3. Ob ein Gesetz ordnungs- und verfassungsgemäß publiziert ist, beurtheilt sich heutzutage nach den Artt. 57—59 und 62 B. I des Swods der Reichsgesetze (vgl. Бъляевъ, l. c. S. 164). —

Das Moment der Publikation in der Gouvernementszeitung zur Nachachtung oder Wissenschaft giebt also keinen Maßstab dafür ab, ob das neuerlassene Gesetz in den Ostseeprovinzen anzuwenden ist oder nicht \*\*). Dafür entscheidet sich auch Erdmann in seinem System B. I S. 12, wenn er zunächst den Wortlaut des Gesetzes selbst für die Beantwortung der obig aufgeworfenen Frage entscheiden läßt \*\*\*).

---

\*) Allerdings wird es in praxi äußerst selten vorkommen, daß ein Gesetz in der Gouvernementszeitung publiziert wird, das in dem betreffenden Gouvernement nicht gelten soll.

\*\*) Denn die Gouvernementsregierung ist und war nie eine gesetzgebende Instanz, Swod der Reichsgesetze, B. II, Art. 358, dazu Erdmann, System B. I, S. 12.

\*\*\*). Zu einem falschen Resultat gelangt Федоровъ l. c. S. 68, der in allen vom baltischen Recht nicht entschiedenen Fragen das neuerlassene Reichsgesetz eintreten läßt. Die im Vorhergehenden entwickelten Argumente widerlegen diese Ansicht zur Genüge.

Wir gelangen zur zweiten der eingangs dieser Abhandlung aufgeworfenen Unterfragen:

2. Ist dem geltenden russischen Reichszivilrecht in den Ostseeprovinzen die Rolle eines Subsidiarrechts zuzuwiesen oder nicht?

In der Literatur des baltischen Privatrechts lassen sich in dieser Beziehung drei Ansichten unterscheiden: nach der einen, ältern, aus der Zeit vor Emanation des baltischen Provinzialgesetzbuches vom J. 1864 herrührenden und namentlich von A. H. Adolphi\*), Neumann\*\*), Bunge\*\*\*) und Dabelow\*\*\*\*) vertretenen Ansicht soll das russische Reichszivilrecht in den Ostseeprovinzen zwar die Stellung eines Subsidiarrechts einnehmen, allein nur in letzter Linie, nämlich, wenn im Fall einer Lücke†) im baltischen Privatrecht das dem russischen Reichszivilrecht als Subsidiarrecht vorge-

\*) Vgl. dessen Schrift: „Über das Rechtsinstitut der Zwangseenteignung“ in Jahrg. IV der Zeitschrift für Rechtswissenschaft zc. (1873) S. 121.

\*\*) Vgl. dessen Aufsatz in den „Theoret. prakt. Erört.“ S. 77—78.

\*\*\*) Vgl. dessen Priv- und Esthl. Priv. R., B. I, S. 24 f. — allein nur mit Bezugnahme auf die Praxis, während für die Theorie auch die eigentliche Subsidiarität des russischen Reichsrechts geleugnet wird — und dessen Rezension des von Samson-Himmeltjerna'schen Werkes: „Das litländische Erbschafts- und Nahrrecht“, abgedruckt als Beilage zur Antikritik des Herrn v. Samson unter dem Titel: „Über die Rezension welche der Dr. (jetzige Professor) Bunge in der allgemeinen Literatur-Zeitung (März 1830 Nr. 84 und 85) hat abdrucken lassen, betreffend das litländische Erbschafts- und Nahrrecht von R. J. L. Samson von Himmeltjerna“ (Petersburg 1834) Seite 92 und 113. Vgl. auch Bunge's Schrift: Wie und nach welchen Regeln zc. § 1, S. 7, woselbst als Subsidiarrecht nur das gemeine Recht genannt wird, und dessen Schrift: Wie kann der Rechtszustand zc., Seite 43, Curs. Priv. R. S. 18, sowie dessen Repertorium S. 77, Note a.

\*\*\*\*) Vgl. dessen Abhandlung: Über die wissenschaftliche Behandlung zc. in Bröckers Jahrbuch, S. 191—192.

†) Wenn ich an dieser Stelle wie auch sonst im Verlauf dieser Abhandlung von einer Lücke im Recht spreche, so folge ich hier nur einem bisher allgemeinen Sprachgebrauch, den ich seiner Kürze wegen doch beibehalten sehen möchte. De facto ist zuzugeben, daß von einer eigentlichen Lücke im Recht im Sinn eines rechtsleeren d. h. vom Recht leer gelassenen Raumes überhaupt gar keine Rede sein kann. Prof. Dr. Vergbohm hat das in seinem Werk: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“, B. I (Leipzig, 1892), § 14, S. 372—393 schlagend nachgewiesen, er zeigt, daß jedes Ausfüllen der Lücke doch nur vermittelt und aus der positiven Rechtsordnung heraus erfolgen könne, nicht etwa aus einem abstrakten Naturrecht. Entgegengesetzten Falls, d. h. wenn die angebliche Lücke nicht aus der betreffenden Rechtsordnung selbst heraus ausgefüllt, sondern anderswoher genommen oder von der forschenden Person erschlossen werden sollte, so würde diese, sei sie nun Richter oder Theoretiker neues Recht schaffen, was aber bekanntlich nicht möglich ist. Die Rechtsordnung ist vielmehr als solche ein lückenloses Ganzes. — Diesen durchaus einwandfreien Ausführungen Vergbohms möchte ich nur dies als Ergänzung hinzufügen: ich denke mir die Sache so: Jede Rechtsordnung, jedes Gesetzbuch hat zweierlei Kategorien von

hende römische, gemeine und germanische (deutsche) Privatrecht keine Antwort auf die in casu concreto entstehende Frage ertheilen\*).

Nach einer andern, neuerdings vertheidigten Ansicht ist das in B. X des Svod's der Reichsgesetze aufgezeichnete russische Reichszivilrecht das einzige, ausschließliche Subsidiarrecht für die Ostseeprovinzen, während das römische, gemeine und deutsche Privatrecht als solches nicht mehr gelten sollen. Vertreter dieser radikalen, meistens von Zivilisten genuin russischen Ursprunges vertheidigten Theorien sind: Кассо\*\*) Невзоровъ\*\*\*), Федоровъ†), und фонъ Резонъ††). Zu diesen Schriftstellern wäre gewissermaßen auch Бъляевъ in seinem mehrfach zitierten Aufsatz in Jahrgang 1898 Nr. 9 des Journals des Justizministeriums S. 154 ff. und passim zu rechnen, den wir besonders herausheben, weil er das radikale Prinzip der dritten Ansicht auf die Spitze treibt. Ihm ist nämlich das ostseeprovinzielle Privatrecht nur russisches Recht, von dem staatsrechtlichen Gesichtspunkt aus, daß die Ostseeprovinzen einem integrierenden Theil des russischen Reichs bilden. Man kann letzteres zugeben, ohne daraus, wie solches Бъляевъ thut, den Schluß zu ziehen, daß das ostseeprovinzielle Recht nur abgeändertes russisches Reichszivilrecht und überhaupt alles russische Recht nicht etwa nur subsidiäres, sondern primäres, auch in den Ostseeprovinzen geltendes Recht sei, das sofort zur Anwendung komme wenn die besondern Normen des baltischen Rechts nicht ausreichend seien. Eine solche Darstellung ist aber, abgesehen von den sonstigen Schiefen, die sie enthält, schon deßhalb abzulehnen, weil sie eine gänzliche Verkennung der eigenthümlichen geschichtlichen Entwicklung des ostseeprovinziellen Privatrechts involviert. Hat doch das ostseeprovinzielle Privat-

Rechtsnormen, latente und patente. Unter den patenten verstehe ich alle diejenigen Gesetzesnormen, die einen Rechtsatz direkt zum Ausdruck bringen und auf den konkreten Fall direkt passen. Latente Rechtsnormen dagegen wären alle die, deren Erkenntniß erst auf indirektem Wege, durch einen logischen Denkprozeß, durch Vergleichung verschiedener Gesetze mit einander, durch Analogie gewonnen werden kann, die also für die oberflächliche Betrachtung versteckt liegen, so daß der konkrete, der Beurtheilung unterliegende Fall sich unter kein Gesetz direkt subsummieren läßt. Versteht man also unter Lücke im Recht das in casu concreto vorliegende Fehlen sogenannter patentier Rechtsnormen und die damit eintretende Nothwendigkeit, sich nach den passenden latenten Rechtsnormen umzusehen, die ja stets vorhanden sein müssen, so dürfte die Beibehaltung des Ausdrucks „Lücke“ doch wohl unschädlich sein.

\*) Vgl. namentlich auch В I a e s e in seiner zit. Dissertation, § 79, S. 107.

\*\*) Vgl. dessen: Обзоръ, S. 60.

\*\*\*) Vgl. seine: Конспекттивное изложение S. 30—32.

†) Cfr. dessen Введение... S. 65—68, wo besonders die E r d m a n n'sche Ansicht verworfen wird.

††) Vergleiche seine Abhandlung im Journal des Zivil- und Kriminalrechts. S.

recht in seinen Hauptquellen, mit seiner auf römischem und deutschem Recht basierten Grundlage schon bestanden, bevor die Ostseeprovinzen an Rußland fielen. Wie soll man es sich also vorstellen, daß das Provinzialrecht durch die Unterwerfung unter Rußland auch in zivilrechtlicher Hinsicht plötzlich zu einer Reihe einzelner, genuin russischer Ausnahmegesetze vom sonstigen russischen Recht geworden sein soll, deren Anwendung nur auf diese bestimmten Ausnahmefälle zu beschränken<sup>\*)</sup> sei, wogegen im Übrigen das russische Reichsrecht als primäres Recht gelten müsse. Nach Бъляевъ ist es gerade so, als ob das innerrussische Zivilrecht durch das baltische Privatrecht ergänzt werde, als ob die Vermuthung stets für das Reichsrecht spreche, während die Sache sich de facto gerade umgekehrt verhält. — Eine dritte, insbesondere von Erdmann<sup>\*)</sup> verfochtene Ansicht leugnet die subsidiäre Anwendung des russischen Reichszivilrechts in jedem Falle, auch in letzter Linie d. h. beim Schweigen der übrigen, letzterem vorgehenden, seit jeher in den Ostseeprovinzen anerkannten Subsidiarrechte und diese Ansicht halten auch wir für die richtigste.

Es gilt zunächst, unsere Frage durch Ausscheidung einiger unzweifelhaften Fälle genauer abzugrenzen.

So ist vor Allem zu betonen, daß die rechtliche Relevanz der Frage erst dort anhebt, wo der Th. III des Provinzialrechts als erste und unmittelbarste Quelle alles Privatrechts in den Ostseeprovinzen für den betreffenden Fall keine oder keine ausreichende Norm enthält, wo also auch Auslegungsregeln, wie die in Artt. XIII<sup>\*)</sup>—XV der Einl. zum Th. III des Prov. Rs enthaltenen, keine Auskunft gewähren. Denn Niemand hat noch daran gezweifelt, daß, wo das provinzielle Recht, die indigene Rechtsquelle d. h. der baltische Privatrechtskodex für den fraglichen Fall eine ausreichende Entscheidung enthält, für die Anwendung irgend eines Hilfs- oder Subsidiarrechts, also auch des russischen Reichsrechts, kein Raum ist. Von Bedeutung wird die Frage also nur, wenn das Prov. Recht eine Lücke aufweist. Ob solche Lücken im Th. III des Prov.

---

<sup>\*)</sup> Vgl. dessen System, B. I S. 10 und in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Jahrg. X S. 210 ff, ferner auch D. Schmidt Rechtsgeschichte Liv-, Est- und Kurlands in B. III der „Dorpater juristischen Studien“ (1894, herausgegeben von Nottbeck), § 113, S. 114.

<sup>\*\*)</sup> Derselbe enthält die Vorschrift, daß, wenn das besondere Statutarrecht und das als Hilfsrecht dienende Landrecht über einen Punkt schweigen, die allgemeinen privatrechtlichen Normen Anwendung zu finden haben.

Rechts häufig sind oder ob sie, wie Erdmann\*) solches — aber wohl kaum mit Recht — behauptet, angesichts der Durchbildung unseres Roder zu den Seltenheiten gehören, braucht hier nicht entschieden zu werden, genug, daß sie vorkommen, denn mögen sie auch selten sein, so werden dadurch weder Theorie noch Praxis der Pflicht entbunden, über unsere Frage entweder gegebenenfalls oder überhaupt schlüssig zu werden. Der Jurist muß eben auch mit den seltenen Fällen, nicht nur den gewöhnlichen rechnen und auch erstere zu entscheiden wissen. —

Eine Kollision, ein Widerspruch zwischen Reichszivilrecht und baltischem Zivilrecht sind daher — wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich — theoretisch und praktisch insofern bedeutungslos, als die ausnahmslose Entscheidung resp. Lösung desselben zu Gunsten des baltischen Rechts unstreitig ist. —

Zweitens sind alle diejenigen Fälle auszuweisen, wo der Th. III des Prov. Rk. auf die Normen des russischen Reichsrechts (B. X des Swods) ausdrücklich verweist. Denn hier handelt es sich eher um eine Rezeption von Sätzen des russischen Rechts, die aber eben durch diese Rezeption zu baltischen Rechtsätzen geworden sein dürften.\*\*\*) Auch dieser Punkt ist — soviel ich sehe — bisher nur von Бъляевъ I. c. S. 163 f. — aber in offenbar unzureichender Begründung — bestritten.

Endlich ist drittens auf den Unterschied zwischen Anwendung eines Subsidiarrechts und der Interpretation des primären Rechts hinzuweisen. Auch auf diesem Gebiet herrscht eine erfreuliche Übereinstimmung. Es sind nämlich alle — auch, wie es scheint, die Vertreter der zweiten, radikalen Ansicht — darin einig, daß es ganz unzulässig und allen Auslegungsregeln (vgl. besonders Art. XXI der Einl. zum Th. III des Prov. Rk.) zuwiderlaufend wäre, wenn man sofort zur Anwendung eines Subsidiarrechts greifen wollte, wo eine Bestimmung des baltischen Zivilkodex unklar erscheint, und daraufhin in jedem einzelnen solcher Fälle etwa den X. Band der Reichsgesetze eintreten ließe\*\*\*), wogegen auf der andern Seite wiederum unzweifelhaft ist, daß auch die Gegner der subsidiären Anwendung des römischen, gemeinen und deutschen Rechts diesen Subsidiarrechten die Eigenschaft eines absolut zulässigen, wissenschaftlichen Interpretationsmittels nicht werden absprechen können\*\*\*\*). —

---

\*) Vgl. dessen Aufsatz in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Jahrg. X S. 209—210.

\*\*) Cfr. Erdmann: System B. I S. 10.

\*\*\*) Vgl. Erdmann in der Zeitschrift f. Rechtswissenschaft S. 210, ф. Резонъ passim, und Федоровъ I. c. S. 68.

\*\*\*\*) Vgl. besonders Федоровъ I. c.

Nachdem wir nun so die Grenzlinien der an dieser Stelle zu beantwortenden zweiten Frage genauer gezogen haben, wären zunächst die von den Vertretern jener drei Ansichten angeführten Gründe einer genauern Prüfung zu unterziehen, aus der sich ergeben wird, daß nur die dritte, nämlich von Erdmann vertheidigte Theorie als zutreffend und dem Geist der ostseeprovinziellen Kodifikation entsprechend anzuerkennen ist. —

Die erste Ansicht widerlegt sich — entsprechend ihrer Seichtigkeit — wohl am Leichtesten. Die Subsidiarität des russischen Reichszivilrechts soll sich aus dem staatsrechtlichen Abhängigkeitsverhältniß der Ostseeprovinzen zum übrigen russischen Reich, in welches letztere seit ihrer Unterwerfung unter das russische Szepter getreten sind, ergeben\*). Daß solches aber keinen Grund für die subsidiäre Anwendung des Reichsrechts abzugeben vermag, liegt ohne Weiteres auf der Hand. Denn trotz eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses, das natürlich Niemand leugnet und leugnen kann, kann es doch immer sein, daß der Wille des Gesetzgebers — entweder der ausdrücklich ausgesprochene oder der zu vermuthende — einer subsidiären Anwendung des Reichsrechts auch an letzter Stelle entgegensteht. Solange deßhalb der Wille des Gesetzgebers in dieser Hinsicht nicht eruiert ist — und das kann nur in der Weise geschehen, daß die nach dem Recht der baltischen Kodifikation zulässigen Auslegungsregeln gemäß dem Geist derselben unter Zuhilfenahme des gemeinen Rechts und einiger anderer später ins Feld zu führenden Erwägungen genau durchforstet werden — kann die Betonung dieses Abhängigkeitsverhältnisses, das doch vor Allem nur staatsrechtliche Bedeutung hat, nichts verschlagen. Und ergiebt sich in der Folge, daß die subsidiäre Anwendung des russischen Reichsrechts zu absurden Resultaten führen und somit schon dem zu vermuthenden Willen des Gesetzgebers widersprechen dürfte, so ist über die Zulänglichkeit jenes Argumentes endgültig der Stab gebrochen, während andererseits, wenn sich als Resultat der Untersuchung herausstellt, daß der Wille des Gesetzgebers den Eintritt des Reichsrechts als Subdiarrecht an letzter Stelle gebietet oder auch nur zuläßt, die subsidiäre Anwendung des Reichsrechts wiederum nicht aus dem gedachten Abhängigkeitsverhältniß der baltischen Ostseeprovinzen zum russischen Reich, sondern eben aus jenen andern Momenten auf Grund der obigen Erwägungen herzuleiten ist. Dieses Argument ist daher auch in der neuern Litteratur nicht mehr geltendgemacht worden. Endlich aber ist nicht zu vergessen, daß eben die Subsidiarität des russischen Reichszivilrechts nur an letzter Stelle d. h. beim Schweigen der ihm vorgehenden subsidiären Rechtsquellen behauptet wird, letztere Voraussetzung aber, nämlich das Schweigen

---

\*) So auch R. Ullmann in seiner mehrfach cit. Magisterdissertation über die Eigenthumsverfügung nach curländischem Landrecht, S. 4.

des römischen oder deutschen Rechts über die betreffende Frage wohl nur in den allersehrsten Fällen vorliegen dürfte\*). —

Gewichtiger sind die von der zweiten Ansicht ins Feld geführten Gründe und deshalb ist auf sie ausführlicher einzugehen. —

Den Hauptstichpunkt bilden hier die §§ 1 und 2\*\*) des ersten Theiles des Provinzialrechts vom J. 1845 sowie die beiden §§ vorangehende Einleitung zum Th. I., auf die sich die Vertreter der zweiten Ansicht berufen, und die wir daher näher in Augenschein nehmen müssen. Sind dieselben geeignet, die Subsidiarität des Reichsrechts auch nur in letzter Linie, beim Schweigen der provinzialrechtlichen Normen resp. der des gemeinen und deutschen Rechts, geschweige denn in erster Linie vor den letztgenannten Subsidiarrechten zu erweisen?

Die Antwort darauf hat verneinend zu lauten.

Der Wortlaut des zit. § 1 ist dieser: „Das Russische Reich wird auf der festen Grundlage von der Selbstbeherrschenden Gewalt ausgehender Gesetze, Verordnungen und Verfassungen regiert. Die Gesetze gelten entweder überall im Reiche gleichförmig in ihrer vollen Kraft, oder mit örtlichen Verschiedenheiten und Abweichungen in einzelnen ihrer Theile“.

§ 2 zit. lautet folgendermaßen: „Diese von den allgemeinen Gesetzen abweichenden Rechtsbestimmungen werden provinzielle Gesetz egenannt. Gleich den allgemeinen Gesetzen ihre Kraft nur von der Selbstbeherrschenden Gewalt entnehmend, erstrecken sie sich bloß auf diejenigen Gouvernements und Provinzen, welchen allein sie zugestanden worden, und umfassen nur diejenigen Fälle, für welche sie namentlich, als Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften, festgestellt sind\*\*). In allen andern Fällen behält die Wirkung der allgemeinen Gesetze des Reichs ihre volle Kraft auch in diesen Gouvernements und Provinzen“ \*\*\*\*).

---

\*) Vgl. Blaeze in seiner zit. Dissert. S. 108, woselbst besonders hinsichtlich des Näherrechts auf die Reichhaltigkeit der deutschrechtlichen Bestimmungen und auf die Undenkbarkeit des Vorhandenseins einer Lücke in denselben hingewiesen wird.

\*\*) Auf diesen Art. stützt sich auch das im 1. Theil dieser Abhandlung zitierte Senatsurtheil in Sachen Matthias Baron von der Recke contra die Krone vom 17. November 1904 sub Nr. 113.

\*\*\*). Vgl. auch namentlich die (offiziell verfaßte) „Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen der Entwicklung des Provinzialrechts in den Ostseegouvernements“. Allgemeiner Theil (1845), S. 196 n. 197.

\*\*\*\*) Der russische Text beider §§ weist keinerlei Abweichungen auf, wir werden uns daher, sowohl was diese beiden §§, als auch die später anzuführende Einleitung zum Th. I des Prov. Rk. anbelangt, bloß des deutschen Textes bedienen.

Aus diesen Paragraphen, insbesondere aus der Einleitung zum Th. I des Prov. Rs. zieht man nun — wie das namentlich Федоровъ und Ф. Резонъ I. c. thun — derartige Schlußfolgerungen: die drei „Theile“, darunter also auch der das Privatrecht enthaltende dritte Theil des Provinzialrechts der Ostseeprovinzen bilden gewissermaßen ein Ganzes, die Einleitung zum Th. I. ist also gewissermaßen als für alle drei Theile, mithin auch für den dritten Theil bestimmt anzusehen; diejenigen Prinzipien also, die sich in dieser Einleitung angedeutet finden, haben auch für den — damals vorbereiteten — privatrechtlichen d. h. den dritten Theil des Provinzialrechts zu gelten, wenngleich derselbe bedeutend später, nämlich erst im J. 1864 Gesetzeskraft erhalten hat. Mit dieser Einleitung stehen aber auch die zitierten §§ 1 und 2 des Th. I. des Prov. Rs. in vollkommener Uebereinstimmung. Denn indem § 1 nur einen schon in den Reichsgrundgesetzen ausgesprochenen Grundsatz wiederholt, nämlich daß es im russischen Reiche sowohl allgemeine, für das ganze Reich ohne Ausnahme geltende Gesetzesbestimmungen als auch daneben solche Gesetze giebt, die bloß für einige Theile des Reiches Geltung haben, die also als bloß örtliche Abweichungen vom allgemeinen Gesetze erscheinen, ist die Bestimmung des § 2 cit., daß diese in manchen Theilen des Reiches geltenden Sondergesetze sich nur auf diejenigen Provinzen und Gouvernements und nur auf diejenigen Fälle zu erstrecken haben, für die sie nach Absicht des Gesetzgebers allein bestimmt sind, während in allen anderen Fällen die allgemeinen Reichsgesetze auch in diesen Gouvernements und Provinzen ihre volle Geltung behalten sollen, umso mehr auch auf den Th. III. des Prov. Rs. d. h. auf das Privatrecht zu beziehen, als ja auch der folgende Art. 3 Th. I. des Prov. Rs. unter den in Liv- Est- und Kurland geltenden besonderen Rechtsbestimmungen sub Nr. 3 gerade auch das Privatrecht nennt, woraus also hervorgeht, daß für diejenigen Fälle, die von diesen Sonderbestimmungen nicht geregelt werden, wo mithin die privatrechtlichen Sondergesetze der Ostseeprovinzen eine Lücke aufweisen, das allgemeine Reichsrecht als ausschließliches Subdiarrecht einzutreten hat, und da dieses allgemeine Reichsrecht nur der die Zivilgesetze enthaltende B. X des Swobds der Reichsgesetze sein kann, so ist damit bewiesen, daß das ostseeprovinzielle Privatrecht in erster Linie durch die Vorschriften dieses B. X der Reichsgesetze zu ergänzen ist. — Die örtlichen Provinzialgesetze sind bloße Ausnahmen von der Regel d. h. vom allgemeinen Reichsgesetz, daher muß in allen den Fällen, die von diesen Ausnahmen nicht betroffen werden, wieder die allgemeine Regel, nämlich das Reichsrecht eintreten\*). Auf dieses Resultat sollen nach der zweiten

---

\*) So auch neuerdings das schon erwähnte Senatsurteil in Klagesachen Matthias Baron von der Necke contra die Krone v. 17. November 1904 sub 113.



Ansicht noch verschiedene andere Sätze der Einleitung zum Th. I. des Prov. R<sup>s</sup> vom J. 1845 hinführen, in denen ausgesprochen sei, daß die Nichtaufnahme aller drei Theile des Provinzialrechts in den allgemeinen Swod der Reichsgesetze ihren Grund nur in der Größe ihrer Anzahl, nicht also in irgend welchen anderen Ursachen z. B. in ihrer innern Verschiedenartigkeit, ihrer abweichenden historischen Entwicklung 2c. gehabt habe. Nur deshalb sei zur Abfassung eines besonderen Swods der Provinzialgesetze für Liv- Esth- und Kurland geschritten worden. Dabei sei aber die dem Plane des allgemeinen Swods entsprechende Ordnung in der Abfassung des Provinzialswods als eines wie das Reichsgesetz seine Kraft von der Obersten Monarchischen Gewalt nehmenden Gesetzes möglichst genau beibehalten worden, wie denn überhaupt die besondere provincialrechtlichen Normen nur eine Ergänzung zum allgemeinen Swod der Reichsgesetze bilden sollten. Eben- daher sollten diese allgemeinen Reichsgesetze in allen denjenigen Fällen, wo sie nicht durch die örtlichen ostseeprovinziellen Gesetze abgeändert seien, unverändert in Kraft verbleiben. —

Allein eine genaue Analyse der gedachten §§ 1—3 Th. I des Prov. R<sup>s</sup> sowie der Einleitung zu demselben ist der darauf gebauten Argumentation der zweiten Theorie nicht günstig, ja, führt im Gegentheil zu einer *Approbation* der dritten, auch von uns verfochtenen Ansicht. Das zeigt sich zunächst in den Artt. 1—3 zitt. Eine unbefangene Betrachtung des Art. 2 und zwar insbesondere des Satzes . . . „erstrecken sie sich bloß auf diejenigen Gouvernements und Provinzen, welchen alleine sie zugestanden worden, und umfassen nur diejenigen Fälle, für welche sie namentlich, als Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften festgestellt sind . . .“ ergibt nämlich, daß der Gesetzgeber mit diesen Worten einen ganz andern Sinn verbinden wollte, wie die Vertreter der zweiten Ansicht annehmen, jene Worte also überhaupt etwas ganz anderes besagen sollen. Mit den „Fällen“ und „anderen Fällen“ des § 2 sind nämlich gar nicht etwaige Lücken des ostseeprovinziellen Privatrechts, also etwa des Th. III des Prov. R<sup>s</sup> zu verstehen, sondern der Gesetzgeber hat — wenn man diesen § in Verbindung mit § 3 und § 1 liest — damit nur den Gedanken zum Ausdruck bringen wollen, daß in allen denjenigen Rechtsgebieten, Rechtskomplexen, Rechtszweigen, für die keine besonderen 2c. Provinzialgesetze existieren, eben die allgemeinen Reichsgesetze zur Anwendung gelangen sollen. Dahin würden nach dem damals geltenden Recht nur das allgemeine Stats- resp. öffentliche Recht sowie das Strafrecht, nach den heute in den Ostseeprovinzen geltenden Gesetzen außerdem noch der Zivil- und Kriminalprozeß gehören. Hier soll das allgemeine russische Reichsrecht gelten, im Zivilrecht, theilweise auch noch im Ständerecht dagegen eben nur das für die Ostseeprovinzen kodif-

fizierte Recht d. h. das Privatrecht (§ 3 Nr. 3) als dritter Theil und das Ständerrecht (§ 3 Nr. 1) als zweiter Theil der Provinzialgesetze.—

Mit dem Ausdruck „Fälle“ kann der Gesetzgeber unmöglich an etwaige Lücken im Privatrecht — oder für die damalige Zeit außerdem noch in jedem der andern in § 3 aufgezählten Rechtsgebiete — gedacht und beim Vorhandensein solcher die Heranziehung des russischen Reichs-zivilrechts nämlich des B. X des Swods der Reichsgesetze geboten haben; er kann damit aber auch keine für ein besonderes Rechtsgebiet, also auch nicht für das Privatrecht gültige Interpretationsregel aufgestellt haben oder gradezu sagen wollen: in allen Fällen, wo die Normen irgend eines der besonderen provinziellen Rechtsgebiete schweigen, soll das Reichsrecht subsidiarische Rechtsquelle sein, also für das Privatrecht das Reichszivilrecht des B. X des Swods der Reichsgesetze. Denn sonst hätte er sich ganz anders ausdrücken müssen, wie er es de facto gethan hat. Genau genommen gehören also die Vorschriften der §§ 1—3 gar nicht dem Privatrecht an, man kann ihnen deßhalb nicht die Stellung privatrechtlicher Auslegungsregeln vindizieren, die etwa für den Th. III des Prov. Rz. v. J. 1864 gelten sollten\*).

Was dagegen die gedachte Einleitung zum Th. III des Prov. Rz. der Ostseegouvernements anbetrifft, so beweist sie gerade das Gegentheil von dem, was die Vertreter der zweiten Ansicht aus derselben beweisen wollen. Es ist das zum großen Theil schon von Erdmann in seinem, besonders gegen v. Raison gerichteten Aufsatz in Jahrg. X der Dorpater Zeitschrift S. 211—217 in durchaus einwandsfreier Weise ausgeführt worden. Allein seine Ausführungen lassen sich noch in mehrfacher Hinsicht ergänzen. Die erwähnte Einleitung lautet in ihrem ersten Absatz folgendermaßen:

„Befehl an den Dirigierenden Senat. Nachdem die im ganzen Umfange unseres Reiches geltenden Gesetze durch die Veröffentlichung des allgemeinen Reichsgesetzbuches in eine wohlgefügte Ordnung und Einheit gebracht worden, erachteten Wir für nothwendig, zum Besten der Bewohner derjenigen Gouvernements und Gebiete, in welchen einige besondere Rechtsbestimmungen Kraft haben, dieselben wo gehörig in den Bestand selbst des allgemeinen Reichsgesetzbuches einzuschalten, oder aber sie zum Gegenstande abgesondeter, nach demselben Plane geordneter Sammlungen zu machen. In Ausführung dieser Absicht sind in das allgemeine Reichsgesetzbuch, bei der neuen Herausgabe desselben im Jahre 1842 alle diejenigen Rechtsbestimmungen eingetragen worden, welche, in Grundlage der dem Kleinrussischen Gebiete von Unseren Vorfahren verliehenen Rechte, bis jetzt in

\*) So wohl auch Erdmann System B. I S. 10, Note 2.

den Gouvernements Tschernigow und Poltawa ihre volle Kraft und Wirksamkeit bewahren. Diese Maßregel konnte nicht in Beziehung auf die in den Gouvernements Liv-, Esth- und Kurland geltenden, gleichfalls besondern Rechtsbestimmungen in Anwendung gebracht werden. Sie sind so zahlreich, daß es unmöglich gewesen wäre, sie ohne wesentliche Unzweckmäßigkeit in das allgemeine Reichsgesetzbuch einzuschalten. Daher beschließend, sie in Gestalt einer besondern Zusammenstellung zu veröffentlichen, befahlen Wir der Zweiten Abtheilung Unserer Eigenen Kanzlei alle im Ostseegebiete, in Grundlage der von unseren Vorfahren demselben verliehenen und von Uns bestätigten Rechte, geltenden Rechtsbestimmungen zu sammeln, sie in volle Gewißheit und Bestimmtheit zu bringen, und sodann sie in einer Ordnung darzustellen, welche dem Plane des Reichsgesetzbuches vollkommen entspräche, dessen Vervollständigung diese Sammlung der provinziellen Rechtsbestimmungen der Gouvernements Livland, Esthland und Kurland sein soll."

Wenn nun die russischen Zivilisten, wie insbesondere Fedorow l. c. S. 67 aus dem Umstande, daß die Sammlung und Zusammenstellung der Provinzialgesetze zu einem besondern, dem allgemeinen Swod der Reichsgesetze nicht eingefügten Gesetzbuche bloß ihrer Mannigfaltigkeit und großen Anzahl wegen, dabei aber ganz nach dem Plan und Muster des Reichsgesetzbuches erfolgt sei, im Ubrigen jedoch nur zur Vervollständigung der Reichsgesetze dienen solle, die obligatorische Geltung und Anwendung der Reichsgesetze in allen denjenigen Fällen des Privatrechts ableiten wollen, die das Provinzialrecht — und zwar die Kodifikation des baltischen Privatrechts v. J. 1864 — nicht regelt, wo also eine abweichende provinzielle Rechtsgestaltung nicht vorliegt, so ist das sicher unzulässig. Man braucht nur die Argumentationen zunächst Fedorows und zum Theil auch die Bjeljajew's näher auszuführen, um zu erkennen, daß sie zum Mindesten zu sehr eigenthümlichen Resultaten führen würden. Soll wirklich darauf, daß die „Einleitung“ den Theil I wie überhaupt das ganze Provinzialrecht nur gleichsam als Ergänzung zum allgemeinen Reichsrecht hinstellt, der Accent gelegt werden, so müßte man sich die Sache in der Praxis etwa so vorstellen, daß der Richter in den Ostseeprovinzen bei allen ihm entgegentretenden juristischen und speziell privatrechtlichen Fragen zuerst das Reichsrecht d. h. den Swod als Regel, als regelmässiges Recht zu Rathe zu ziehen und erst dann, wenn dieses keine Auskunft ertheile, die „Ergänzung“ zum Reichsrecht, nämlich den als bloße Ausnahme vom Reichsrecht fungierenden Theil III oder meinetwegen auch Theil I und II des Provinzialrechts zu befragen hätte. Damit würde aber das ganze Verhältniß umgekehrt werden. Denn die als

vernünftig zu präsumierende Absicht des Gesetzgebers könnte im besten Falle nur darauf gegangen sein, zuerst das besondere provinzielle Recht und erst, wenn letzteres schweigt, das Subsidiarrecht, nämlich das Reichsrecht d. h. den Swod der Reichsgesetze eintreten zu lassen. Denn die örtlichen Abweichungen der in den Ostseegouvernements geltenden besonderen Gesetze sind — wie der Gesetzgeber in dem zitierten Absatz der „Einleitung“ selbst sagt — zu zahlreich, um in den allgemeinen Swod aufgenommen und demselben ohne Schaden für das Ganze eingefügt werden zu können. Allein dieses Motiv des Gesetzgebers ist ganz gewiß nicht das alleinige für die Nichtaufnahme der Provinzialgesetze in das Reichsgesetzbuch maßgebende gewesen, die Zahlreichheit allein ist hier nicht der einzige Grund gewesen und kann es nicht gewesen sein, vielmehr muß noch etwas anderes mitgewirkt haben und dieses andere kann nur die richtige Erkenntniß der abweichenden historischen Entwicklung des ostseeprovinziellen Rechts mit seiner deutsch-römischrechtlichen Grundlage und seiner statutarischen Buntfärbigkeit sowie die Überzeugung der daraus resultierenden Unmöglichkeit gewesen sein, letzteres im Zusammenhang mit dem ganz heterogenen allgemeinen Reichsrecht, das auf ganz anderer Grundlage beruht und einen vom baltischen Recht ganz abweichenden Werdepfeil durchlaufen hat, darzustellen und abzuhandeln. — Wer das nicht gelten lassen will, der bedenke, daß sich auf die als Beweismittel ebenso oft gebrauchten wie mißbrauchten gesetzgeberischen Motive überhaupt keine einwandsfreien sichern Schlußfolgerungen bauen lassen, sondern daß sie vielmehr höchstens als unterstützendes Moment bei anderweitig schon vorhandenen Beweisargumenten in Frage kommen könnten. Die Gesetzesmotive können fast niemals einen sichern Führer auf dem Beweiswege abgeben, weil sie selten in toto vom Gesetzgeber aufgezählt zu werden pflegen. Vielfach nennt er nur einen oder zwei Beweggründe zum Gesetze, während de facto noch andere vielleicht sehr wichtige Momente und treibende Faktoren mit im Spiel gewesen sein mochten, die der Gesetzgeber aus irgend welchen Gründen entweder nicht nennen wollte oder konnte resp. solches zu thun verabsäumt hatte, oder die ihm unbewußt vorgeschwebt und auf ihn eingewirkt haben mochten. Ganz so liegt die Sache auch mit dem zitierten ersten Absatz der Einleitung zu Th. I des Prov. R. v. J. 1845. Der Gesetzgeber spricht nur von der Größe der Anzahl der provinziellen Sondergesetze, die ihn zur Herausgabe eines besondern, auf drei Bände berechneten Provinzialswods veranlaßt hätten, allein daß für ihn noch jenes andere, bereits angedeutete, wenn gleich nicht ausgesprochene Motiv maßgebend gewesen sein muß, ist wohl nach dem Vorhergehenden unzweifelhaft und wird auch noch durch die späteren Ausführungen dieser Abhandlung bewiesen werden, und zwar um so unzweifelhafter, als im dritten Absatz der osterwähnten Einleitung gerade auch

auf die Verwickeltbeit und Verschiedenartigkeit der baltischen Statutarrechte hingewiesen wird, die, wie der Gesetzgeber sagt, zur Erforschung und vergleichenden Zusammenstellung nicht bloß eine vorzügliche Aufmerksamkeit, sondern auch Vorkenntniß und besondere Umsicht erforderten, woher es für nöthig befunden worden sei, den in der Eigenen Kasselei Sr. Majestät des Kaisers hergestellten Entwurf noch besondern, in dem Ostseegebiete allenthalben errichteten Vorkomitees zur Überprüfung zu übersenden. —

Auch aus dem Umstande, daß die Ordnung, in welcher die besondern ostseeprovinziellen Rechtsbestimmungen zusammengefaßt werden sollten und in der Folge — wenigstens in Bezug auf das Privatrecht — zusammengefaßt wurden, dem Plane des Reichsgesetzbuches entsprechen sollte, läßt sich nichts zu Gunsten einer Subsidiarität des russischen Reichsrechts ableiten, denn es kann ein Zivil- oder sonstiges Gesetzbuch eines beliebigen Staates auf das Genaueste nach dem Plan eines andern Staates angelegt worden sein, es kann genau dieselbe Anordnung und Eintheilung des Stoffes beobachtet worden sein, ja, die Kapitel- und Paragraphenzahl kann dieselbe sein, ohne daß man deßhalb berechtigt wäre, in materiellrechtlicher Hinsicht das fremde Gesetzbuch als Subsidiarrecht des einheimischen zu verwenden. Der Gesetzgeber sagt in solchen Fällen nur: ich will den Gesetzesstoff äußerlich so und so mittheilen. Aber auch nichts mehr als dies. Die Frage der Ergänzung resp. Interpretation bei vorhandenen Lücken und Unklarheiten entscheidet er damit noch keineswegs. —

Somit reduziert sich das, was der Gesetzgeber in Abth. I der „Einleitung“ de facto gesagt hat, auf folgende Sätze:

1. Es existiert ein allgemeines Reichsgesetzbuch, das alle im Reich geltenden Gesetze enthält.
2. Da es aber im russischen Reich nicht wenig Sondergesetze giebt, die nur in gewissen Theilen des Reichs gelten, so mußten diese entweder dem allgemeinen Reichsgesetzbuch eingefügt oder zu einem besondern, nicht dem Reichssvob einzugliedernden Gesetzbuch zusammengefaßt werden.
3. Lezterer Weg d. h. die Zusammenstellung zu einem besondern Gesetzbuch ist für das besondere provinzielle Recht der Ostseegouvernements eingeschlagen worden, wobei der Anlageplan dem des Reichsgesetzbuches entspricht.
4. Hierfür waren Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend, da die Einverleibung der ostseeprovinziellen Rechtsbestimmungen in das allgemeine Reichsgesetzbuch ihrer großen Anzahl und Verschiedenartigkeit wegen auf unüberwindliche Schwierigkeiten gestoßen wäre.
5. In der so zu einem besondern Gesetzbuch zusammengefaßten Gestalt hat der Provinzialsvob als Ergänzung zum allgemeinen Reichsgesetzbuch zu dienen.

Die Sache liegt mithin so, daß sich aus Absatz I der Einleitung eine

obligatorische Subsidiarität des Reichszivilrechts in den Ostseeprovinzen, sei es in erster oder letzter Linie oder sei es unter Ausschluß jedes andern Subsidiarrechts, also insbesondere des gemeinen und deutschen Rechts, überhaupt nicht erweisen läßt, ebensowenig, wie sich ein solcher Nachweis aus den vorher besprochenen §§ 1—3 Th. I des Prov. R. erbringen läßt, die nur den Grundgedanken aussprechen, daß das russische Reichsrecht in allen den Rechtskomplexen unverändert gelten soll, die vom Provinzialrecht garnicht berührt werden, auf die sich letzteres garnicht bezieht, so z. B. im Finanzwesen, das den Ostseeprovinzen mit dem übrigen russischen Reich gemeinsam ist\*). Im Gegentheil, die Berücksichtigung der vom Reichsgesetzbuch, insbesondere dem Reichszivilkodex ganz verschiedenen gemein- und deutschrechtlichen Basis des ostseeprovinziellen Rechts und in specie des Privatrechts sowie die Anerkennung und Würdigung seines ganz abweichenden historischen Entwicklungsganges seitens des Gesetzgebers selbst können einer aufmerksamen Betrachtung des zitierten Abs. I der Einleitung — falls sie zwischen den Zeilen zu lesen versteht — unmöglich entgehen und lassen m. E. u. gerade auf die Absicht desselben schließen, als ergänzendes d. h. Subsidiarrecht des baltischen Privatrechts nicht das ganz heterogene russische Reichszivilrecht, sondern im Gegentheil dasjenige Recht eintreten zu lassen, das bisher d. h. bis zum J. 1845 in den Ostseegouvernements unbestritten und unbestreitbar als Subsidiarrecht und zwar als einziges Subsidiarrecht gegolten hat\*\*), nämlich das gemeine und deutsche Recht\*\*\*). Wenn aber Bunge in seinem öfters zitierten Repertorium S. 77 Note a. und in der Schrift: Wie kann der Rechtszustand zc. zc., S. 43 auch das russische Recht als subsidiarische Quelle (für Livland) in Anspruch nehmen will, so sieht er sich doch zu dem Zugeständniß genöthigt, daß solches durch „kein ausdrückliches Gesetz bestimmt“ sei und wenn er als einzigen Stützpunkt für seine Behauptung außer auf die Praxis speziell auf die Schriften „vieler“ Rechtsgelehrten über livländisches Recht hinweist, in denen eine solche Subsidiarität anerkannt werde, so beruht das — falls damit auf das Juristenrecht als Rechtsquelle hingezielt wird — auf der unrichtigen, zu Bunges Zeit wohl noch gangbaren, heutzutage aber fast allgemein verworfenen Vorstellung, als ob diesem sogenannten Juristenrecht die Stellung einer mit dem Gesetz und

\*) Vgl. Bunge: Repertorium S. 72.

\*\*) Das glebt auch v. Raifon zu. — Vgl. überhaupt D. Schmidt in seiner Rechtsgeschichte Liv- Esth- u. Curlands S. 244, 294, 314 u. 318 und passim, Erdmann in B. X der Dorpater juristischen Zeitschrift, S. 211—214.

\*\*\*)) Vgl. namentl. Ullmann in seiner zit. Magisterdissertation S. 7 u. Blase in seiner zit. Dissert. S. 107 u. 110 f.

dem Gewohnheitsrecht ebenbürtigen Rechtsquelle zu vindizieren sei. Und außerdem: welches sind diese „vielen“ Rechtsgelehrten? Bunge selbst nennt nur Dabelow, und de facto sind es auch wohl nur vereinzelte Schriftsteller, die eine solche Subsidiarität des russischen Rechts vertreten. Natürlich soll damit die Bedeutung einer communis opinio doctorum nicht verkannt werden, allein Rechtsquelle ist sie niemals und kann sie niemals sein. Daß aber die Praxis dieselbe anerkannt haben soll, scheint noch fragwürdiger und wird auch von Bunge nicht weiter bewiesen. Vielmehr hat die Praxis wohl überwiegend auf dem entgegengesetzten Standpunkt gestanden d. h. die Subsidiarität des russischen Rechts allgemein verworfen, ein Punkt, auf den wir späterhin noch einmal zurückkommen werden\*).

Auch aus dem Einführungsukas zu unserer Modifikation v. J. 1864, nämlich dem sub Nr. 41445 \*\*) der vollständigen Gesetzesammlung dem Senat am 12. Nov. 1864 erteilten Allerhöchsten Mamentlichen Ukas läßt sich die ausschließliche Subsidiarität oder auch nur die subsidiäre Anwendbarkeit des russischen Reichszivilrechts überhaupt in keiner Weise deduzieren, wiewohl die russischen Zivilisten — und unter ihnen neuerdings besonders Федоровъ l. c. S. 67 — diesen Ukas für ihre Ansicht verwerthen wollen. Es wird das sofort klar, wenn man auf den gedachten Einführungsukas näher eingeht.

Es heißt zunächst im Eingang desselben:

„...Утвердивъ составленную II Отдѣленіемъ Собственной Нашей Канцеляріи третью часть Свода мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ, содержащую въ себѣ сводъ узаконеній гражданскихъ и прилагая русскій и нѣмецкій текстъ оной, для обнародованія чрезъ Правительствующій Сенатъ тѣмъ же порядкомъ какой былъ наблюдаемъ при изданіи первыхъ двухъ частей, Мы повелѣваемъ:“ ...

Dann folgen die drei einzelnen Punkte des Ukases. Von diesen bezieht sich P. 1 auf die Bestimmung des Zeitpunktes, von wo ab der Th. III des Prob. R. Gesetzeskraft erlangen sollte, und setzt als solchen den 1. Juli 1865 fest. Dieser Punkt beweist ebensowenig irgend etwas zu Gunsten der Федоров'schen Ansicht, wie die demselben vorangehende Einleitung.

\*) Wenn v. Rotthef in der zitierten, von ihm herausgegebenen „Rechtsgeschichte Liv- Esth- und Aurlands“ S. 314, Note 1 bemerkt, daß mit Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen d. h. seit dem J. 1889 das russische Recht als Hilfsrecht (offenbar von den russischen Gerichten) herangezogen werde, so beruht das — soweit meine Informationen reichen — wohl nur auf einzelnen Fällen und vermag die Thatsache, daß das gemeine und deutsche Recht bei uns kraft Gewohnheitsrechts seit jeher die Stellung einer subsidiarischen Rechtsquelle behauptet haben, nicht zu erschüttern. Uebrigens kommen wir auf diesen Punkt noch zurück.

\*\*) Ich zitiere denselben nach Малышевъ: „Курсъ общаго гражданского права Россіи“ B. I., (Petersburg 1880), S. 4.

Punkt 2 bestimmt sodann, daß alle Artikel des Th. III des Provinzialswods von dem in P. 1 genannten Termin ab vorkommenden Falls in allen Regierungsbehörden und Gerichten ganz so aufgeführt und angewandt werden sollten, wie die Artikel des allgemeinen Swods der Reichsgesetze. Damit will aber der Gesetzgeber keineswegs etwa sagen, daß die Interpretation und die Ausfüllung etwaiger Lücken im Th. III des Prov. R. ganz dieselbe und nach denselben Regeln stattfinden sollten, wie hinsichtlich des im B. X des Swods aufgezeichneten Reichszivilrechts, denn vor Allem wird in P. 2 gar nicht speziell auf das Reichszivilrecht, sondern auf den gesamten Swod der Reichsgesetze Bezug genommen. Dann aber auch deshalb, weil die allgemeinen Auslegungsregeln für den Th. III des Prov. R. in der Einleitung zu letzterem, wenigstens in allgemeinen Umrissen, bereits vorliegen. Diese speziellen Auslegungsregeln aber bilden nur eine notwendige Ergänzung zu den allgemeinen Auslegungsregeln, wie sich solche im B. I des Swods der Reichsgesetze, so z. B. in Art. 79 B. I desselben finden. Es könnte also höchstens davon die Rede sein, daß P. 2 lediglich den Grundsatz in Erinnerung bringen will, daß gewisse allgemeine Interpretationsregeln — insoweit ihnen nicht die speziellen Auslegungsregeln des Th. III widersprechen und soweit sie in B. I des Swods bereits enthalten sind — auch für den Th. III des Prov. R. Geltung haben. Allein die Frage, was im Fall einer etwaigen, durch jene allgemeinen oder speziellen Auslegungsregeln nicht zu hebenden Lücke der Unklarheit als *Subsidiarrecht* einzutreten habe, also die an dieser Stelle uns vorzugsweise interessierende *Subsidiarität* wird von P. 2 des Einführungsaufsatzes sowie überhaupt von letzterem mit keiner Silbe berührt\*). — Weit mehr für sich hat indeß die Annahme, daß mit den Ausdrücken „приводить и примѣнять“ überhaupt gar nicht die Thätigkeit des Interpretierens gemeint sei, sondern daß sie in den Augen des Gesetzgebers nichts mehr als eine bei Gesetzerlassen allgemein übliche, in die Form einer Kanzelleifloskel gekleidete allgemeine, formelle Direktive an die Behörden und Gerichte sein und wohl nichts mehr als das besagen sollten, daß in allen offiziellen Schriftstücken die einzelnen Artikel des Th. III des Prov. R. ganz in derselben Weise zitiert und de facto d. h. auf den jeweiligen Thatbestand ganz ebenso angewandt werden sollten, wie die Artikel des allgemeinen Reichswods\*\*). Die Artikel auf den konkreten

\*) Vgl. auch Erdmann in der Zeitschrift l. c. S. 213.

\*\*) Ganz dieselbe Wendung findet sich auch in der Einleitung zum Th. I des Prov. R. Abs. 4, P. 2, woselbst der Gesetzgeber ausdrücklich sagt, daß vom 1. Jan. 1846 die Artikel dieses Th. I in den Verhandlungen aller Verwaltungs- und Gerichtsbehörden auf derselben Grundlage angezogen und in Anwendung gebracht werden sollten, wie ähnliche Hinweisungen auf die Artikel des allgemeinen Reichsgesetzbuches gemacht würden.



Thatbestand anwenden und zitieren d. h. sich ausdrücklich auf dieselben berufen, heißt doch aber noch nicht interpretieren oder etwaige Lücken derselben auf diese oder andere Weise ausfüllen. Und zwar mochte dieser Hinweis aus dem Grunde für nothwendig gehalten worden sein, weil man jetzt ein Gesetzbuch des baltischen Privatrechts hatte, eine Berufung also auf die verschiedenartigen Rechtsquellen, einheimische und fremde oder gar auf die Theorie des gemeinen oder deutschen Rechts von nun an, wenigstens nicht mehr in dem Maße wie vor 1864 nothwendig war — obwohl man eine solche Berufung andererseits auch nicht verbot. Ein solches Verbot hätte freilich das Bindeglied zwischen Gegenwart und Vergangenheit unfehlbar zerrissen: der ausgesprochene Charakter des Th. III als einer Kodifikation d. h. einer Sammlung, Aufzeichnung und gesetzgeberischer Festlegung des bis dahin in Geltung gewesenen Privatrechtsstoffes hätte allein für sich schon einem solchen Verbot, das weder in dem gedachten Einführungsaufsatz noch sonst wo ausgesprochen ist, widerstrebt \*). Umso rathamer mochte es daher dem Gesetzgeber erschienen sein, die Anziehung der sogenannten „fremden“ Rechte und der gemeinrechtlichen sowie germanistischen Theorie vor den Artikeln der Kodifikation formell in den Hintergrund treten zu lassen, destomehr wollte letzterer — vielleicht aus Gründen büreaukratischer oder politischer Natur — einer Ueberwucherung des Th. III des Prov. Rs durch Anwendung der Theorie dieses gemeinen und germanischen Rechts vorbeugen, in der offenbar unnöthigen und dabei von unrichtigen Voraussetzungen ausgehenden Besorgniß, es möchte das Ansehen des neugeschaffenen Gesetzbuches darunter leiden. Deshalb sagte er: von jetzt ab sollen die Artikel des Th. III des Prov. Rs sowie die Artikel des Swoods der allgemeinen Reichsgesetze angeführt und angewandt werden.

Eine Regelung der Interpretationsfrage bei etwaigen Unklarheiten im Gesetz oder der Frage einer subsidiären Anwendung der „fremden“ Rechte bei etwa sich zeigenden Lücken liegt in dem gedachten P. 2 also keineswegs ausgesprochen und daher ist auch der Hinweis Fedorows auf das Schweigen des Gesetzgebers hinsichtlich der subsidiären Anwendung des gemeinen, kanonischen oder germanischen Rechts, das er zu seinen Gunsten d. h. gegen die Subsidiarität dieser letzteren und für die Subsidiarität des russischen Reichszivilrechts auslegt, ebenso bedeutungslos wie andererseits die Behauptung desselben Schriftstellers, man dürfe in einem solchen Schweigen des Gesetzgebers nicht etwa eine

---

\*) Heißt es doch in dem vollen Titel unseres Provinzialgesetzbuches: ... „Zusammenge stellt auf Befehl des Herrn und Kaisers Alexander II.“, vgl. Erdmann, in seinem Aufsatz: „Ein provinzielles Jubiläum“ im Jahrg. 1889 des Balt. Monatschrift“, B. 36, S. 750.

(stillschweigende) Sanktionierung dieser Subsidiarrechte erblicken, vielmehr hätte die Zulässigkeit einer solchen Subsidiarität eines besonderen, ausdrücklichen Hinweises im B. 2 bedurft, ganz ebenso wie die subsidäre Anwendung der einzelnen baltischen Territorialrechte in der Einleitung zum Th. III ausdrücklich geregelt sei, augenscheinlich abzulehnen ist. Denn der Charakter des Th. III als einer Kodifikation und der springende Punkt in unserer Frage, nämlich der Satz, daß die Ordnung der Interpretation des Th. III ganz ebenso dieselbe wie vor Emanierung des gesammten Provinzialwobds sein solle — wie ja auch überhaupt das ganze Provinzialgesetzbuch nichts mehr als eine Aufzeichnung des schon bestehenden Rechts ist — sind vom Gesetzgeber schon anderweitig festgelegt, diese Dinge sind ihm sozusagen schon „bekannte Größen“, woher es natürlich ist, wenn er in dem gedachten B. 2, hier also in einem ganz andern Zusammenhang, auf obigen Satz nicht mehr Bezug nimmt.

B. 3 endlich spricht wiederum eher gegen als für die gegnerische Ansicht. Zwar wiederholt er eigentlich nur den bekannten Satz des römischen Rechts: „*lex in praeterita trahenda non est*“, wenn er bestimmt, daß die einzelnen Gesetzesartikel, aus denen der Th. III des Prov. R. besteht, nur auf diejenigen Fälle angewandt werden dürfen, die sich seit Emanierung desselben ereignet haben, nicht also auch auf die aus der Zeit vor 1864 herrührenden Fälle. Nebenbei aber streift er eine Seite, die gerade für unsere Zwecke von nicht unerheblicher Bedeutung ist. Es wird nämlich von den Artikeln des gedachten Th. III des Prov. R. geradezu gesagt, sie enthielten die zu den bisher in Geltung gewesenen Rechtsnormen erforderlichen Ergänzungen. Das bisherige Privatrecht ist also — nach Ansicht des Gesetzgebers — ein vielfach lückenhaftes gewesen und diese Lücken oder etwaigen Unklarheiten sollen eben durch die Artikel der Kodifikation vom J. 1864 ausgefüllt und ergänzt werden. Man kann hierüber anderer Ansicht sein, wie der Gesetzgeber, man kann und muß vielleicht eher sagen, daß auf der breiten Grundlage des römischen, kanonischen und deutschen Rechts und mit dem steten Fortschreiten der Theorie des gemeinen und deutschen Privatrechts, das hier, wie wir sehen werden, die Geltung eines wahren Subsidiarrechts hatte und gegenwärtig noch behauptet, auch eine stete, auf organischem Wege vor sich gehende Weiterentwicklung des baltischen Privatrechts jener Zeit d. h. vor 1864 stattfand, und dieser innere Zusammenhang mit dem gemeinen Recht es zum Vorhandensein eigentlicher Lücken garnicht kommen ließ, eben weil immer das gemeine und deutsche Recht eintrat. Auf jeden Fall aber muß man soviel anerkennen, daß der Gesetzgeber nicht nur den innern Zusammenhang zwischen dem Privatrecht vor 1864 und dem nach 1864 gewahrt wissen will, sondern daß er außerdem noch die Masse der bis 1864 in Geltung gewesenen Privatrechtsnormen ge-

wissermaßen als den Grundstock, den Hauptbau hinstellt, den die Modifikation lediglich ergänzen sollte. —

Endlich ist auch Art. 63 (A.) des Gesetzes über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen v. J. 1889 nicht geeignet, die von den russischen Zivilisten und insbesondere von Fedorow l. c. S. 68 behauptete ausschließliche Subsidiarität des russischen Reichsrechts zu unterstützen. Denn obwohl dieses Gesetz besagt, daß die Gerichte bei Entscheidung von Zivilsachen in den Ostseeprovinzen die Bestimmungen des Th. III des Provinzialcodex der Ostseegouvernements sowie der örtlichen Bauerverordnungen zur Richtschnur zu nehmen hätten, mit Ausnahme derjenigen Theile der erwähnten Gesetze, die durch das Erlassen dieser Verordnung (nämlich der Justiznovelle v. J. 1889) aufgehoben oder abgeändert worden seien, so erfährt man doch sofort aus den Motiven zu diesem Artikel, was es mit jenem Ausspruch für eine Bewandniß habe. „Um jeglichen Zweifel darüber zu beseitigen“ — so sagen die Motive — „daß in Folge der Einführung der Justizreform in den baltischen Gouvernements die prozessualischen Regeln des III Th. des Provinzialcod. keine Anwendung finden können und daß umgekehrt die materiell-rechtlichen Bestimmungen dieses Codex unberührt bleiben, war es von Nutzen, auf die allgemeinen Gerichtsinstitutionen dieser Gouvernements die in dem Art. 19 der Regeln vom 28. Mai 1880 (Art. 1800 der Civilprozeßordnung, Ausg. v. J. 1883) zum Ausdruck gebrachte Vorschrift auszudehnen“.

Der gedachte Art. 63 verfolgt also nur den einen Zweck, nämlich die Hervorhebung des Grundsatzes, daß durch die Justiznovelle vom J. 1889 nur diejenigen im Th. III des Prov. Rs. enthaltenen Gesetzesbestimmungen aufgehoben sein sollen, deren Natur eine prozessualische sei, wogegen die materiell-rechtlichen Normen unberührt zu bleiben hätten. Dies und nur dies wollte der Gesetzgeber sagen, über die Art und Weise der Auslegung des Th. III resp. über die Frage der Subsidiarität redet er auch an dieser Stelle mit keinem Wort. —

Haben sich unsere bisherigen Ausführungen mehr darauf beschränkt, die Unzulänglichkeit der von den Vertretern der Subsidiarität resp. ausschließlichen Subsidiarität des russischen Reichszivilrechts gebrauchten und zumeist auf die Einleitung zum Th. I des Provinzialswods gegründeten Argumentationen zu erweisen, so soll in Folgendem der Versuch gemacht werden, die Unmöglichkeit der subsidiarischen Anwendung des russischen Reichszivilrechts und die Nothwendigkeit, das gemeine und deutsche Privatrecht als das allein zulässige Subsidiarrecht eintreten zu lassen, außer Zweifel zu stellen. — Zunächst soll das an der Hand der gerade von gegnerischer Seite ins Feld geführten öfterwähnten Einleitung zum Th. I des Provinzialswods vom J. 1845, in zweiter Linie auch unter Zuhilfenahme allgemeiner

Gründe auf anderer Basis geschehen. — Ueberleitend bemerken wir vorerst Folgendes: wenn man, wie Fedorow und die anderen russischen Zivilisten, in der Einleitung zum Th. I des Provinzialswods sowie in dem Einführungsukas zum Th. III des Prov. R. trotzdem auch die Frage der Subsidiarität geregelt sehen will, so ist damit durchaus noch nicht beantwortet, um welches Subsidiarrecht es sich hier handele und weshalb gerade das in B. X des Swods der Reichsgesetze aufgezeichnete Reichszivilrecht dieses Subsidiarrecht — und noch dazu, wie man meint, das ausschließliche d. h. die Anwendung jedes anderen Subsidiarrechts ausschließende — sein sollte und nicht — wie das dem ganzen historischen Zusammenhange und der sonst zu vermuthenden gesetzgeberischen Absicht weit gemäßer wäre — das gemeine, auf römisch-kanonisch-rechtlicher Grundlage beruhende Recht und das sogenannte deutsche Privatrecht? —

In der That enthält nun die Einleitung zu Th. I des Provinzialrechts der Ostseegouvernements so deutliche Hinweise auf die ausschließliche Subsidiarität des gemeinen und deutschen Rechts, daß dem gegenüber die von den Gegnern angeführten Stellen von keinem Belang sind, denn 1. soll, wie aus dem Schluß des Abs. 1 hervorgeht, durch die Modifikation der einzelnen Theile des Provinzialrechts der Ostseegouvernements, garkein neues Recht geschaffen werden, sondern das bestehende und bisher in Geltung gewesene Recht — und zwar gerade auch das Privatrecht — nur in besondere Gesetzbücher gesammelt, gesichtet und geordnet werden. Das Neue, das der Gesetzgeber einführen wollte, bestand also nur in diesem Sammeln, Zusammenstellen und Ordnen. Daraus folgt, daß alles Uebrige, namentlich auch die Subsidiaritätsfrage wie überhaupt alle Fragen der Interpretation, weil das Alles vom Gesetzgeber unberührt gelassen war, sich ganz natürlich nach ebendenselben Grundsätzen regeln mußte, wie sie bis 1845 (resp. bis 1864) in Geltung waren und in Theorie wie Praxis gleichmäßig anerkannt und angewandt wurden\*).

2. weist der Gesetzgeber im Beginn des Abs. 3 gerade auch auf die Verwickelttheit und Verschiedenartigkeit des besondern, in den Ostseeprovinzen geltenden Rechts hin\*\*), zu dessen Erforschung und Sammlung eine vorzügliche Aufmerksamkeit, Umsicht und besondere Lokalkenntniß erforderlich seien. Zeichnet sich aber das baltische Recht — und zwar das Privatrecht — in der That durch eine solche Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit aus, wie sie vom Gesetzgeber ganz richtig anerkannt wurden, so ist es in richtiger Würdigung dieser Verhältnisse

---

\*) Vgl. auch Engelmann, Staatsrecht S. 241.

\*\*) Vgl. auch die Geschichtliche Uebersicht S. 209.

auch garnicht angängig, ein so durchgebildetes Privatrecht, wie das baltische durch ein verhältnißmäßig so unentwickeltes Recht wie das in B. X des Swods aufgezeichnete Reichszivilrecht zu ergänzen.

3. wird in dem 4. Absatz der in Abs. 1 bereits angedeutete Gedanke näher ausgeführt d. h. darauf hingewiesen, daß durch das kodifizierte resp. zu kodifizierende besondere Provinzialrecht der Ostseegouvernements ebensowenig wie durch das allgemeine Reichsgesetzbuch die Kraft und Geltung der bisher hieselbst in Geltung gewesenen Gesetze abgeändert oder gar aufgehoben sein sollten. Die gesetzgeberische Absicht gehe vielmehr nur dahin, die bestehenden Gesetze in ein gleichförmiges Ganze und System zu bringen\*), was früher, wo die einzelnen Rechtsnormen in den verschiedenen Rechtsquellen sporadisch verstreut waren oder auf Gewohnheit resp. Herkommen beruhten, nicht der Fall war. Aus eben diesem Grunde bleibt — mit diesem außerordentlich wichtigen, ja für die Richtigkeit unserer Ansicht ausschlaggebenden Satz schließt die Einleitung zum Th. I des Prov. R. — die bisher d. h. bis 1845 in den Ostseegouvernements für den Fall einer Unklarheit im Wesen des Gesetzes selbst oder eines Mangels oder einer Unvollständigkeit in seiner Darlegung in Geltung gewesene Ordnung der Erläuterung und Ergänzung genau dieselbe, wie sie bisher d. h. bis 1845 hieselbst bestanden hat. Wenn nun aber bis zum J. 1845 als Subsidiarrecht in den Ostseegouvernements das römisch-kanonische, gemeine und deutsche Privatrecht ganz unzweifelhaft gegolten hat und als solches anerkannt worden ist, so kann durch die Kodifikation der beiden ersten Theile des Prov. R. im J. 1845 eine Aenderung dieses Zustandes umsoweniger hervorgebracht worden sein, als ja der Gesetzgeber, was die Erläuterung und Ergänzung der Gesetze anbetrifft, expressis verbis Alles beim Alten bleiben läßt\*\*). Und wenn sie nicht durch diese Kodifikation hervorgebracht ist, wodurch sollte sie wohl sonst bewirkt worden sein? Im Hinblick darauf sieht sich denn auch v. Raison l. c. S. 76 gemüßigt, die Subsidiarität des gemeinen und deutschen Privatrechts wenigstens für die Zeit von 1845—1864 gelten zu lassen. Umso inkonsequenter ist es, wenn er und mit ihm Fedorow sowie die übrigen Vertreter der zweiten Ansicht für die Zeit von 1864 an d. h. von dem Erscheinen der Kodifikation des Th. III trotzdem plötzlich eine Aenderung jenes Zustandes behaupten. Denn die Verhältnisse sind hier wie dort ganz dieselben geblieben. Weder der Einführungssatz zum Th. III des Prov. R., noch die Einleitung zu demselben nehmen auf die Ergänzung der Kodi-

\*) Vgl. auch die „Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen“ 2c. S. 196 u. D. Schmidt, Rechtsgeschichte S. 323 f.

\*\*) So auch Erdmann in der Dorpater Zeitschrift B. X. S. 211 u. 112.

fikation durch subsidiäre Rechtsquellen Bezug, sie bewahren vielmehr über diese Frage ein ebensolches *altum silentium* \*), wie sie über eine etwaige Subsidiarität des russischen Zivilrechts gänzlich Stillschweigen beobachten. Und doch hätte nichts näher gelegen, als in eben dieser Einleitung eine etwaige Aenderung des bisher in Geltung gewesenen Modus der Erläuterung und Ergänzung des kodifizierten Privatrechts, die ja gerade in der Einführung des russischen Reichszivilrechts als des ausschließlich anzuwendenden Subsidiarrechts zu erblicken wäre, das bis 1864 als solches weder in der Praxis noch auch in der Theorie anerkannt wurde, ausdrücklich namhaft zu machen und zu betonen. Das wäre angesichts einer so radikalen, der geschichtlichen Entwicklung unseres Privatrechts so sehr widersprechenden Neuerung durchaus nothwendig gewesen. Die öfterwähnte Einleitung zum Theil III des Prov. Rs hätte dazu die beste Gelegenheit geboten. Dies namentlich angesichts des Art. XXI derselben, wo es heißt:

„Findet sich in diesem Privatrecht für eine einzelne Rechtsfrage keine Vorschrift, so ist eine solche Frage nach denjenigen Bestimmungen des Privatrechts zu beurtheilen, mit denen sie durch Gleichheit des Grundes innerlich verwandt erscheint“.

Also kein Wort davon, daß das russische Reichszivilrecht in die vom Provinzialgesetzbuch gelassenen Lücken als Hilfsrecht einzutreten habe, sondern eine bloße Verweisung auf das Hilfsmittel der Analogie\*\*). — Zwar einer Anwendung des römischen oder deutschen Rechts redet dieser Art. ebensovienig das Wort und eine solche würde sich daher auch aus demselben *eo ipso* nicht deduzieren lassen. Allein diese Subsidiarität läßt sich eben auf anderem Wege darthun. Dem gegenüber hat es denn auch nichts zu bedeuten, wenn die Subsidiarität des russischen Reichsrechts in Art. XXI zit. auch nicht ausgeschlossen, wenigstens nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Denn diese Subsidiarität hätte angesichts der anders gearteten Grundlagen des Prov. Rs von Art. XXI zit. hervorgehoben werden müssen, nicht der Ausschluß der Subsidiarität, und zur endgültigen Sanctionierung des Reichszivilrechts als eines Hilfsrechts für die Ostseeprovinzen wäre — wir wiederholen es — in diesem Art. die beste Gelegenheit gewesen. Und doch ist es nicht geschehen, ist eine solche Hervorhebung unterblieben, was doch wohl nur gegen die aus-

\*) Vgl. Erdmann l. c. S. 213.

\*\*) G ü r g e n s: „Das Verhältniß des Provinzialgesetzbuches zu den alten Rechtsquellen“ in der Balt. Monatschrift, 1866 (B. XVII), S. 278 u. 280, in der Note, lehnt die Benutzung des Art. XXI zu einer derartigen Schlußfolgerung allerdings ab.

schließliche Subfidiarität des X. Bandes, ja gegen die Subfidiarität des-  
selben überhaupt sprechen dürfte!

Die Hauptsache aber ist, daß auch die Modifikation des  
ostseeprovinziellen Privatrechts vom J. 1864 nach der Ab-  
sicht des Gesetzgebers keineswegs ein neues Gesetz sein, neue  
Normen schaffen will, dazu bestimmt, das früher in Geltung  
gewesene Privatrecht abzuschaffen und ein anderes an seine  
Stelle zu setzen, sondern daß sie nur den einen Zweck ver-  
folgt, die bisher bestehenden Gesetze und Gewohnheitsrechte  
privatrechtlicher Natur in ein Gesetzbuch zu einem Ganzen  
zusammenzufassen, neu zusammenzustellen und zu ordnen\*).  
Dieser Grundsatz war — wie bereits erwähnt — schon in der Einleitung  
zum Th. I und II des Prov. R. angeedeutet worden, allein es wäre ver-  
fehlt, wenn man annehmen wollte, er gelte vorzugsweise oder etwa nur für  
die Artikel des I. und II. Bandes des Prov. R. Das wäre eine durchaus  
irrig Ansicht. Denn das muß man nicht vergessen, sondern immer wieder  
daran festhalten, daß, obzwar Th. III des Prov. R. seine eigene Ein-  
leitung hat, die gedachte Einleitung zu Th. I und II des Prov. R. und die  
darin ausgesprochenen allgemeinen Grundprinzipien insofern auch für den  
späterhin emanirten Privatrechtskodex vom J. 1864 Geltung haben und  
sich auch auf diesen beziehen, als ja in jener — wie wir bereits gesehen  
haben — ausdrücklich auf den später zu erlassenden, damals, im J. 1845 noch  
nicht beendeten, das Privatrecht enthaltenden III. Theil des Prov. R.  
hingewiesen, dieser also in ganz bestimmte Aussicht gestellt wird. Und  
wenn nun das osterwähnte Promulgationsedikt vom J. 1845 ausdrücklich betont,  
daß die Modifizierung dieser verschiedenen Theile des Provinzialrechts der  
Ostseegouvernements keinerlei neue Gesetze involviere, sondern viel-  
mehr nur dazu bestimmt sei, das bisher in Geltung gewesene Recht in  
besondere Gesetzbücher zu sammeln, zu ordnen und ein für alle mal  
festzulegen, so muß das logischer Weise nicht nur für den Th. I und II,  
sondern ebenso auch für den Th. III des Prov. R. vom J. 1864  
gelten, ganz so, wie der weitere, sich nur als bloße Folge aus dem vor-  
hergehenden Prinzip ergebende Satz, daß die Ordnung der  
Erläuterung und Ergänzung der einzelnen Artikel dieselbe  
bleiben soll, wie sie bis zum J. 1845 in den Ostseeprovinzen  
üblich gewesen ist, nothwendig, ja vorzugsweise sich auch  
auf den Th. III des Prov. R. beziehen muß.

---

\*) Vgl. Gürgens: „Das Verhältniß des Provinzialgesetzbuchs 2c., 1. c. S.  
277 ff. u. Erdmann: „Ein provinzielles Jubiläum“, 1889, (B. 36), S. 750.

Das erfahren wir auch aus der (doch entschieden offiziellen) geschichtlichen Uebersicht zc. S. 196, woselbst uns mitgetheilt wird, daß unter den verschiedenen Direktiven, die den zur Redaktion der einzelnen Theile des Prov. Rz niedergesetzten Komitès zu Theil wurden, sich unter Andern auch die befand, „im Allgemeinen vor Augen zu haben, daß das beabsichtigte Provinzialrecht nicht eine neue Gesetzgebung, sondern nur eine Darstellung der geltenden Rechtsbestimmungen sein solle, und daher alle auf Abfassung einer neuen Gesetzgebung bezüglichen Vorschläge zu vermeiden seien.“ Zwar der Einführungsakt zum Zivilkoder vom J. 1864 spricht den für unsere Ansicht so überaus wichtigen, ja nahezu ausschlaggebenden Grundsatz, nämlich daß diese Kodifikation keine eigentlich neue Gesetzgebung, sondern bloß eine Sammlung und Aufzeichnung des bereits bestehenden Privatrechts sei und daher die Auslegung und Ergänzung desselben nach demselben Modus wie vor 1864 zu erfolgen habe, nirgends aus, hauptsächlich wohl deshalb, weil solches schon in der Einleitung zum Th. I und II geschehen war und die nochmalige Betonung dieses Prinzips bloß eine unnütze Wiederholung eines schon früher zum Ausdruck gebrachten Gedankens involviert hätte, allein wir wissen es außerdem auch aus der Geschichte der Kodifikation des III. Theiles, auf Grund historisch durchaus als wahr verbürgter und keinem Zweifel Raum gebender Thatfachen. So erzählt Bunge — bekanntlich die Seele der Kodifikation vom J. 1864 — in seiner von mag. jur. W. Greiffenhagen mitgetheilten Selbstbiographie\*), daß nach Beendigung dieser kodifikatorischen Arbeit und nach erfolgter Uebersetzung derselben ins Russische unter Leitung des Baron Modest Korff die Frage angeregt worden sei, ob das vollendete Werk noch der Durchsicht und Bestätigung seitens des Reichsraths bedürfe oder ohne eine solche direkt Sr. Majestät dem damaligen Kaiser Alexander II. zur allendlichen Bestätigung vorgelegt werden sollte. Zur Begutachtung dieser Frage habe der Kaiser eine besondere Kommission niedergesetzt, die sich mit Stimmenmehrheit dahin entschieden hätte, daß, da die vollendete Kodifikationsarbeit nur eine Redaktion eines bereits bestehenden Rechts, also keineswegs ein neues Gesetz sei, eine Bestätigung derselben durch den Reichsrath nicht erforderlich wäre, von einer solchen mithin abgesehen werden könne. Daraufhin habe dann auch Sr. Majestät der Kaiser im November 1864 der Bunge'schen Kodifikationsarbeit die Allerhöchste Sanktion erteilt. Und so ist denn auch in der Wissenschaft des ostseeprovinziellen Privatrechts und seiner Geschichte nur die eine Stimme, daß es sich bei der Kodifikation vom J. 1864 nur um eine

---

\*) Vgl. mag. jur. W. Greiffenhagen: „Dr. jur. Friedrich Georg v. Bunge“ (Neval, 1891) S. 27 f.



Aufzeichnung und systematische Zusammenstellung des bisher in den Ostseeprovinzen in Geltung gewesenen Privatrechts handele\*). Zu dem „bisherigen“ d. h. bis 1865 in Geltung gewesenen Privatrecht — einerlei auf welcher Quelle es beruhte, auf Gesetz oder Gewohnheit — muß aber nothwendiger Weise auch die Gesamtheit derjenigen Rechtsregeln gerechnet werden, die sich auf Erläuterung und Ergänzung der Masse des geltenden Privatrechts bezogen und in der Praxis wie in der Theorie gleichmäßig anerkannt waren. Angesichts dessen wäre es ein Nonsens, ein Zerreißen der historischen Bande mit der unmittelbaren Vergangenheit des organisch entwickelten Privatrechts gewesen, wenn nun urplötzlich seit 1864 oder gar seit 1845 die Rolle einer subsidiarischen Rechtsquelle dem russischen Zivilrecht des B. X des Swoods der Reichsgesetze zuertheilt worden wäre. Ebenso gut hätte es dem Gesetzgeber einfallen können, die subsidiäre Anwendung des französischen oder gar des spanischen Zivilrechts anzubefehlen. Das Alles ist aber nicht geschehen und konnte auch nicht sein, weil es den ausgesprochenen Intentionen des Gesetzgebers, die sich gerade in der entgegengesetzten, das bisherige Prov. R. soviel als möglich aufrechterhaltenden Richtung bewegten, widersprochen hätte. — Freilich, auch die äußere Anordnung und Vertheilung des Gesamtstoffes im Theil III, das von ihm beobachtete äußere System sind die gleichen wie im B. X der Reichsgesetze, sie sind letzterem geradezu entlehnt. Allein wir haben schon gesehen, daß sich daraus zum Mindesten kein Schluß zu Gunsten der die ausschließliche Subsidiarität des russischen Zivilrechts behauptenden zweiten Ansicht ziehen läßt. Diese äußere, dem B. X entsprechende Anordnung des Th. III des Prov. R. mit ihrem Mangel eines allgemeinen Theils ist gewiß zu beklagen, da sie der praktischen Anwendung sowie besonders der wissenschaftlichen Durchforschung desselben erhebliche Schwierigkeiten entgegensetzt. Allein wie wir einerseits uns mit dieser Thatsache abfinden müssen und uns seit jeher auch damit abgefunden haben, so haben wir andererseits auch ein historisch beglaubigtes Zeugniß dafür, wie das so gekommen ist. Unmöglich ist es anzunehmen, daß ein wissenschaftlich so durchgebildeter Geist, wie der auf der ehemaligen Dorpater Universität gebildete Bunge, der die fortschreitende Entwicklung der Zivilistik der westenropäischen Staaten und besonders Deutschlands wie kaum ein anderer gelehrter Jurist in Rußland aufmerksam und consequent verfolgte, sich wirklich a priori für eine derartig mangelhafte, unsystematische Anlage des Rechtsstoffes entschieden haben sollte, wie sie die Kodifikation vom J. 1864 de facto erhalten hat. Da haben andere Faktoren mitgewirkt. So vor Allem die Thatsache, daß es wohl zum überwiegenden Theil

---

\*) Vgl. besonders Erdmann in der Dorpater Zeitschrift S. 213 und D. Schmidt, Rechtsgeschichte S. 322 f.

Juristen genuin russischer Herkunft und Rechtsbildung waren, aus denen das Redaktionskomité bestand. Diesen war aber vor Allem und hauptsächlich nur der B. X des Reichsrechts und die darin beobachtete, in der Hauptsache dem Code Napoléon entlehnte Systemordnung geläufig und das mochte auch schon daher kommen, weil sie Praktiker waren und als büreaukratisch gefinnte Slawophilen sich im Uebrigen um westeuropäische Rechtswissenschaft und die auf ihrer Grundlage erwachsenen Gesetzbücher, insbesondere um das gemeine Recht Deutschlands wenig kümmerten, so gut wie nichts davon wußten. Hier wie so oft im politischen und sozialen Leben Rußlands äußerte ein den russischen Bürokraten eigenthümlicher Kardinalfehler seine verderbliche Wirkung, nämlich die unselige Sucht, Alles nach einem Schema zu uniformiren und in eine Schablone zu zwingen, gleichviel ob sie paßte oder nicht, und jegliche Sondergestaltung womöglich zu unterdrücken. Konnte man die römisch-deutschrechtliche Probenienz des baltischen Privatrechts angesichts der in erdrückender Zahl vorhandenen Beweise nicht gut leugnen und mußte man derselben wohl oder übel Rechnung tragen, so sollte doch wenigstens die äußere Anordnung und Vertheilung des Stoffes nicht von der des B. X des Swods der Reichsgesetze abweichen, mochten sie im Uebrigen auch noch so wenig zu unserem so hochentwickelten Privatrecht passen! Und so ist es mehr als wahrscheinlich, daß Bunge nach dieser Richtung hin seine bestimmten Direktiven erhalten haben mag, nach denen er sich um so eher richten mußte, als ja schon das Promulgationsedikt zu den beiden ersten Theilen des Provinzialrechts, wie bereits erwähnt, die Weisung enthielt, die besonderen Gesetze der Ostseegouvernements in einer dem Plane des Reichsgesetzbuches gemäßen Ordnung darzustellen, was sich natürlich auch auf den damals bereits in Aussicht genommenen Th. III des Prov. Rs bezog\*). Aber noch etwas anderes hat hierbei mitgespielt und ist vielleicht noch von größerer Wirkung als die bisher ange deuteten Momente gewesen und eben dies Besondere ist es, worauf sich das vorhin erwähnte historisch beglaubigte Zeugniß bezieht. Nicht allein jene von slawophilen Bestrebungen getragene Uniformitätssucht, mangelndes Verständniß für die Bedeutung des gemeinen Rechts, sondern vornehmlich auch gewisse Bequemlichkeitsrück sichten haben das Redaktionskomité zur Wahl der unserem Privatrecht eigenthümlichen, dem B. X der Reichsgesetze entlehnten Ordnung und Stoffvertheilung geführt. Die mehrfach zitierte geschichtliche Uebersicht der Grundlagen der Entwicklung des Provinzialrechts, allg. Th., S. 197 und 198 theilt uns nämlich mit, daß, da alle Provinzialgesetze — gemäß den Reichsgrundgesetzen — als bloße Ausnahmen vom Reichsgesetze erschienen, auch die besondern Provinzialgesetze der Ostseegouvernements vor

\*) Vgl. auch die „Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen“ 2c. B. II S. 193, 196—198.

Allem den Zweck verfolgten, zu zeigen, worin namentlich jene Ausnahmen beständen. Aus dem Grunde sei es nöthig, die Ordnung der Darstellung des provinziellen Rechts konform dem Plan der allgemeinen Reichsgesetze zu gestalten, denn nur bei Beobachtung einer völligen Einheit des Plans in den provinziellen und den Reichsgesetzbüchern sei es möglich, diese Ausnahmestellung der Provinzialgesetze zum erforderlichen Ausdruck zu bringen. Könne doch die Ausnahme von einer Regel nur durch Zusammenhang mit der Regel selbstverständlich sein, die wahre Bedeutung derselben nur durch stetes Gegenüberhalten der Regel erfaßt werden — Also der bessern Orientierung wegen hatte man für die Kodifikation vom J. 1864 einen mit dem B. X übereinstimmenden Anlageplan gewählt. Man glaubte wohl, auf diesem mehr mechanischen Wege Verständniß und Anwendung des Prov. R. praktisch wie theoretisch zu erleichtern, eine Auffassung, die wissenschaftlichen Gründen wohl kaum Stich halten dürfte\*).

Aus dem Vorhergehenden ist also ersichtlich, wie wenig man aus dem Umstande, daß die Kodifikation nach demselben Plan, wie das in B. X des Sводы enthaltene Reichszivilrecht angelegt ist, für eine Subsidarität oder gar eine ausschließliche Subsidarität des letzteren Kapital schlagen darf. — Und wollte man es trotzdem, so würde man sich eben in unlösbaren Widerspruch zu der vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochenen Tendenz setzen, wenn man

\*) Eine eigenartige Erklärung des Promulgationsaufsatzes vom J. 1845 und desjenigen zur Kodifikation im J. 1864 versucht G ü r g e n s in seinem zit. Aufsatz: „Das Verhältniß des Provinzialgesetzbuchs zu den alten Rechtsquellen“ Balt. Monatsschrift, 1866 (B. 13), S. 273 ff. Er unterscheidet sowohl für das Reichsrecht, als auch das Provinzialrecht zwischen der bindenden Autorität ihres Inhalts, die in den (alten) Quellen derselben zu suchen sei, und der bindenden Kraft für ihre äußere Form als das schon rein äußerlich zum Gesetz Erhobene. Die vielen zerstreuten Ufaze, Verordnungen, Gewohnheitsrechte und alten Rechtsbücher sollten ihrem Inhalte nach nicht geändert, sondern nur gesammelt werden. Das gehe unter Anderem auch aus dem Allerhöchsten Manifest vom J. 1833 P. 2 u. 4 und der Schrift: „Geschichtliche Einleitung in das corpus juris des russischen Reichs“ S. 110 u. 152 hervor. Mir scheint die von G ü r g e n s gewollte Unterscheidung sehr gezwungen, für die betreffenden Promulgationsaufsätze aber jedenfalls nicht maßgebend gewesen zu sein. Außerdem ist sie unlogisch. Denn wenn eine Rechtsregel — in welcher Form sie auch immer ausgesprochen sein mag — auch nur ihrem Inhalt nach „bindende Autorität“ haben soll, so hat sie eben damit zugleich bindende Kraft in der Form, in der sie nun gerade dem instruktiven Anschauen entgegentritt. Der Unterschied zwischen der bindenden Autorität des Inhalts der Quellen und der bindenden Kraft der äußerlich zum Gesetz erhobenen Quellen verschwindet offenbar und reduziert sich mehr und mehr der rein äußerlichen Akt des Zusammenstellens und Ordne ns der früheren Quellen. Daran ändert im Ganzen nichts, daß dabei — wie das namentlich mit unserer Kodifikation vom J. 1864 der Fall ist — hin und wieder kontroverse Fragen oder dunkle Quellenstellen entschieden oder gerade so ausgelegt werden, wie es den Kodifikatoren richtig erschien.

die bis 1864 in Geltung gewesene Ordnung der Erläuterung und Ergänzung des Provinzialrechts, die als subsidiäre Rechtsquellen nur das gemeine Recht römisch-kanonisch rechtlicher Natur sowie das deutsche Privatrecht kannte, nun plötzlich durch fortwährende Heranziehung des russischen Reichszivilrechts nach ganz andern Prinzipien umgestalten wollte! Damit wäre gerade das Gegentheil von dem, was der Gesetzgeber wollte, erreicht worden! Dann wäre das bisherige Privatrecht in der That ein anderes geworden und ebenso würde sich der Modus der Erläuterung und Ergänzung desselben sich zu einem ganz abweichenden gestaltet haben. Und doch sollte nach den dem Redaktionskomité erteilten Weisungen und gemäß dem Promulgationsedikt vom J. 1845 der bisherige Rechtszustand weder in der einen noch in der andern Hinsicht durch die Kodifizierung der Provinzialrechte irgendwie geändert werden, sondern im Gegentheil in derselben Weise fortbestehen, wie er bis 1845 gegolten hatte!

Man könnte nun auf den Gedanken kommen, daß durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 in der Frage der subsidiarischen Rechtsquellen zum Th. III des Prov. Rs. eine Aenderung geschaffen worden sei, in der Weise, daß an Stelle des gemeinen resp. deutschen Rechts das russische Reichszivilrecht als einziges Subsidiarrecht gesetzt sein könnte. Allein auch dies ist nicht der Fall. Denn das Gesetz über die Justizreform betrifft in der Hauptsache die Organisation der Gerichts- und Bauerbehörden sowie das zivilprozessuale Verfahren vor denselben, während das materielle Privatrecht nur in einigen Punkten, so z. B. in der Lehre von den öffentlichen Hypotheken, den öffentlichen Testamenten, in einzelnen Bestimmungen über das Zinsrecht\*) und in einigen prozeßrechtlichen Bestimmungen des Th. III geändert, im Uebrigen aber — gerade was den bisherigen Modus der Erläuterung und Ergänzung der Kodifikation anbelangt — ganz unberührt gelassen wird, wogegen die bisherigen jagdrechtlichen Bestimmungen für Livland durch das Jagdgesetz vom J. 1892, für Kurland durch Erstreckung der diesbezüglichen Bestimmungen des B. XII des Smods der Reichsgesetze Th. 2 auf dasselbe im J. 1893 ergänzt, geändert resp. aufgehoben worden sind. — Daß aber der von Fedorow zitierte Art. 63 (A) der Novelle gar nicht hierher gehört, sondern einen ganz andern Sinn hat, haben wir schon früher gesehen. Und doch hätte der Gesetzgeber, wenn er die zweite Ansicht und die von ihr vorgebrachten Argumente gebilligt hätte, gerade hier die beste Gelegenheit gehabt, dem russischen Privatrecht die angeblich ihm de jure schon gebührende Stellung einzuräumen und die Rolle desselben als des ausschließlichen Subsidiarrechts ein für allemal endgültig festzulegen. Daß solches nicht geschehen ist, redet eine deutliche Sprache. —

\*) Vgl. namentlich Artt. 3425—3428 Th. III des Prov. Rs.

Ist also — um es nochmals zu wiederholen — weder durch die beiden ersten Theile vom J. 1845, noch durch den dritten Theil des Provinzialrechts vom J. 1864 eine Aenderung des Erläuterungs- und Ergänzungsmodus vom Gesetzgeber beabsichtigt geschweige denn ins Leben gerufen worden, soll also unter Anderem auch die Subsidiaritätsfrage fürderhin ganz nach den vorher in Geltung gewesenen Grundsätzen geregelt werden, so drängt damit Alles unabweislich auf die Frage hin: was war denn vor 1864 resp. vor 1845 Subsidiarrecht des baltischen Privatrechts und nach welchen Grundsätzen wurde überhaupt die ganze Subsidiaritätsfrage in dieser früheren Zeit geregelt?

Darauf kann es — wie übrigens schon zum Oeftern angedeutet worden ist — nur die eine Antwort geben: die breite Masse des Privatrechts, wie sie in den baltischen Ostseeprovinzen bis 1865 galt, beruhte durchweg auf römisch-deutscher Grundl age und daher konnte als subsidiäre Rechtsquelle natürlich nur dieses römisch-kanonische resp. gemeine Recht eines theils sowie das deutsche Privatrecht anderen theils\*), nicht etwa irgend ein anderes ganz heterogenes, auf gänzlich anderer Basis beruhendes und historisch ganz abweichend entstandenes Recht, wie z. B. das russische Privatrecht des B. X, in Betracht kommen.

Es ist das so notorisch bekannt und in der Theorie feststehend, daß es eines weiteren Beweises eigentlich garnicht bedarf, und wenn ein solcher an dieser Stelle — natürlich nur in ganz allgemeinen Umrissen — dennoch versucht wird, so geschieht das nur im Hinblick auf russische Juristen, denen das baltische Privatrecht und sein eigenthümlicher historischer Entwicklungsgang mehr oder weniger fremd geblieben sind.

Zunächst ist zu konstatieren, daß in der Wissenschaft des ostseeprovinziellen Privatrechts und seiner Geschichte über diesen Punkt völlige Uebereinstimmung herrscht. Man braucht hierüber nur folgende Schriftsteller zu vergleichen: Neumann in den Erörterungen, B. I S. 72—77 und Dabelow in Bröckers Jahrbuch B. I S. 190 u. 191, die es direkt aussprechen, daß das römische und deutsche Recht in den Ostseeprovinzen geradezu geltendes Provinzialrecht seien\*\*), ferner Bunge: Liv- und Estl. Priv. R. B. I § 14 S. 30—33, dessen Curl. Priv. R. § 12 S. 22—23, Einleitung in die liv- esth- und curl. Rechtsgeschichte und Geschichte der Rechtsquellen (Reval, 1849) § 96 S. 260 f. und passim, Erörterungen, B. I S.

\*) Cfr. Bunge: „Wie kann der Rechtszustand“ 2c. S. 8, 10, 12 u. 13.

\*\*) Mit Recht hält übrigens Bunge Erört. B. I S. 290 N. 4 die Frage, ob das gemeine Recht als subsidiäres oder als einheimisches zu betrachten sei, für irrelevant, da es dabei mehr auf einen Streit um die bloße Benennung hinauslaufe.

289—312; Madai, Erörterungen B. I S. 204—208 u. S. 259—288; Erdmann, System B. I, § 2 S. 8; D. Schmidt, Rechtsgeschichte S. 130—132, S. 244, S. 294. Nur darüber herrschte Streit, welche Rangfolge zwischen diesen beiden Subsidiarrechten zu beobachten sei, eine Frage, die wohl mit Bunge Curl. Priv. R. S. 23 richtiger dahin zu entscheiden ist, daß hierüber dieselben Grundsätze, wie sie sich in dem Deutschland der damaligen Zeit ausgebildet hatten, zur Anwendung gelangen mußten, wogegen v. Engelhardts\*) und Erdmanns (auch auf die heutige Zeit bezugnehmende) Ansicht (vgl. dessen System B. I S. 8) über den unbedingten Vorrang des deutschen Rechts vor dem römischen weniger Beifall verdienen dürfte.

Alle diese Schriftsteller also sind darin einig, daß das gemeine und speziell das deutsche Privatrecht seit jeher, also doch jedenfalls noch lange vor 1845 in den Ostseeprovinzen subsidiares oder — wenn man will — sogar primäres Privatrecht gewesen sind, und namentlich ist das Zeugniß des Nestors baltischer Rechtswissenschaft, Bunge's, der sich in B. I seines Civ- und Ertl. Priv. R. S. 30 ausdrücklich dahin ausspricht, daß es unter Anderm namentlich auch die Praxis gewesen sei, dank welcher das römisch-kanonische und deutsche Recht hierselbst noch lange vor der russischen Herrschaft in Geltung gewesen wäre und den Einflüssen fremdartiger, aufgezwungener Rechtselemente stets erfolgreichen Widerstand entgegengesetzt hätte, maßgebend. — Nun ist es freilich wahr, daß auch die communis opinio doctorum niemals wirkliches Recht zu erzeugen vermag, niemals Rechtsquelle wie Gesetz und Gewohnheit werden kann, daß es also ein „Juristenrecht“, von dem eine Zeitlang soviel gefaselt wurde, überhaupt garnicht giebt\*\*), allein daß die einstimmig ausgesprochene Ansicht wissenschaftlich gebildeter, angesehener Rechtsgelehrter nicht unbeachtet bleiben darf und zum Mindesten doch eine starke Vermuthung für die Richtigkeit des fraglichen Rechtsfazes involviert, dürfte wohl ebenso unzweifelhaft sein wie der andere Satz, daß eine solche communis opinio auf mittelbarem Wege d. h. dadurch, daß sie von Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch aufgenommen wird, immerhin Rechtsquelle zu werden vermag. Gewohnheit und Gerichtsgebrauch haben aber gerade auch das Ihrige dazu gethan, das römische, gemeine und deutsche Privat-

\*) Vgl. dessen ztt. Schrift: „Beitrag zur Beantwortung der Frage: Gehen die vor 1561 geltend gewesenem eigenthümlichen teutschen Rechte dem römischen Codex vor oder stehen sie demselben nach“, S. 9 u. passim.

\*\*) Da die Thätigkeit des Juristenstandes keine rechtsschöpfende, sondern eine rechtserläuternde, = findende ist, vgl. auch Bunge in den Erört. B. I S. 308—309, C. Erdmann: System B. I S. 19. — Anderer Ansicht Ullmann l. c. S. 7.

recht zu Subidiarrechten des baltischen Privatrechts jener Zeit zu stempeln. — Aber auch der Gesetzgeber selbst hat diese Subidiarität sehr bestimmt anerkannt. Wenigstens tritt uns an mehreren Stellen der „Geschichtlichen Uebersicht der Grundlagen der Entwicklung“ 2c., eine solche Anerkennung entgegen. So heißt es auf S. 193 f. des allg. Th. — nachdem zunächst gewisse für die Redaktion des allgemeinen Provinzialgesetzbuches leitende Prinzipien aufgestellt werden, so z. B. daß von den Provinzialgesetzen Alles das als geltendes Gesetz anzunehmen sei, was den Rechten und Vorzügen der Selbstherrschenden Gewalt, den Grundgesetzen des Reichs und den allgemeinen Staatsgesetzen nicht widerspreche, insofern also auch römisches Recht und dauernd in Wirksamkeit gewesene Gewohnheiten und Gerichtsgebräuche — folgendermaßen:

„Diesen Grundsätzen gemäß an die Arbeit gehend, beendete der Redakteur im Laufe des Jahres 1830 das Ständerecht. Darauf wurden im Jahre 1831 die übrigen Theile in folgender Ordnung abgefaßt: 1) das Civilrecht, zusammengestellt aus den verschiedenen in den Ostseegouvernements geltenden Rechten und Gesetzen, als da sind: Römisches Recht, Polnische, Schwedische, Dänische Gesetze, Deutsche Gewohnheiten, und endlich Russische Gesetze“...

Auf S. 195 lesen wir, daß den mit der Revision des Provinzialgesetzbuches betrauten Lokalkomitees unter Anderem auch vorgeschrieben wurde: „in Betreff der in der Redaktion angezogenen Römischen, Kanonischen und andern fremden Rechte, sowie einiger von den Gerichtsbehörden oder den Rechtskundigen angenommenen Interpretationen, die Aufmerksamkeit darauf zu wenden, ob alle diese Quellen in sämtlichen drei Gouvernements gelten, und ob die in den Gerichten desselben angenommenen Interpretationen gleichartig sind, falls sie nicht durch Gesetze bestätigt worden“. Und endlich wird die Eigenartigkeit der baltischen Rechtsentwicklung gegenüber der des russischen Reichs, mit seiner einzigen Rechtsquelle, nämlich der Obersten Monarchischen Gewalt, auf S. 209 ausdrücklich wie folgt anerkannt:

„Was diese schließliche Redaktion des Projektes betrifft, so bestand die Hauptschwierigkeit derselben in der Verschiedenartigkeit, Verwickeltheit und Unbestimmtheit der provincziellen Rechtsbestimmungen. Die allgemeine Gesetzgebung des Russischen Reiches — aus einer einzigen Quelle, der Obersten Monarchischen Gewalt hervorgehend — ist immer positiv und mehr oder weniger gleichartig in ihren Formen, selbst auch in ihrer Richtung, während die Baltische Provinzialgesetzgebung unter dem Einflusse sehr verschiedener in Wesen und Geist sehr abweichender Rechte entstand, nicht bloß Polnischer und Schwedischer Gesetze und deutschen Rechts, sondern auch des Römischen und Kanonischen Rechts, endlich auch unter dem Einflusse von Gewohn-

heiten, die allmählig manche frühere positive Rechtsbestimmungen abänderten“.

Nicht zum Letzten ist es endlich auch die von Bunge als besonderer Theil der „Geschichtlichen Uebersicht“ im J. 1862 verfaßte offizielle „Geschichte des Liv-, Est- und Kurländischen Privatrechts“, die uns die Subsidiarität des römischen (gemeinen) und deutschen Privatrechts auf Schritt und Tritt bezeugt\*).

Im Einzelnen nun die Subsidiarität der sogenannten „fremden Rechte“ in den baltischen Provinzen von Anfang an zu verfolgen und historisch nachzuweisen, wäre aber wohl schwerlich angezeigt. Denn erstens ist Alles das notorisch bekannt, wir würden daher nichts Neues geben können, nichts, was nicht schon jeder theoretisch einigermaßen geschulte baltische Jurist eo ipso weiß, woher man uns diese Nachweise um so eher erlassen könnte. Zweitens aber wäre eine genaue und detaillierte Ausführung gleichbedeutend mit einer Darstellung der Geschichte unseres Privatrechts überhaupt, die aber natürlich den dieser Abhandlung vorgezeichneten Rahmen bei Weitem überschreiten dürfte. Lediglich im Hinblick auf die mit der Geschichte unseres Privatrechts weniger vertrauten und auf innersussischen Universitäten gebildeten Juristen genuin russischer Herkunft und Abstammung sollen hier die wichtigsten Momente, die zum Beweise der Richtigkeit unserer Ansicht dienen könnten, herausgegriffen werden, wobei wir nochmals betonen, daß wir keineswegs den Anspruch darauf erheben, etwas Neues und überhaupt eine erschöpfende geschichtliche Darstellung zu liefern. —

In Art. IV des Priv. Sig. Aug. vom J. 1561 wurden zunächst für ganz Livland die alten deutschen Gesetze und Gewohnheiten in vollem Umfang bestätigt. Darunter ist aber wohl auch das römische Recht zu verstehen, wie es um diese Zeit auch in Deutschland allenthalben Eingang zu finden begann\*). Dafür spricht besonders, daß zufolge demselben Art. IV die Stände darum bitten, es mögen im römischen Recht erfahrene Männer vom Könige damit beauftragt werden, ein Landrecht für Livland aus „den Livländischen Gewohnheiten,

\*) Man vgl. nur beispielsweise S. 162 ff. und S. 203 f.

\*) v. Engelhardt in der zit. Schrift S. 12 ff. — dem es überhaupt darum zu thun ist, unter den verschiedenen in den Ostseeprovinzen geltenden Subsidiarrechten dem deutschen Recht den Vorrang vor dem römischen zu geben — versteht den Ausdruck: „*jura germanorum propria ac consueti*“ im Art. IV des Stigmundischen Privilegs vom J. 1561 nur vom genuin germanischen, nicht dagegen auch vom römischen Recht. Allein dabei übersieht er offenbar, daß damals in Deutschland auch schon das römische Recht mehr und mehr Eingang fand und so auch vielfach „gemeines deutsches Recht“ d. h. „gemeines in Deutschland geltendes Recht“ genannt wurde.



Privilegien und Urtheilssprüchen“ zu verfassen\*). Es müssen folglich schon vorher römisches, kanonisches und deutsches Recht hier wie in Kur- und Esthland, wenigstens subsidiariter, gegolten haben. Dasselbe fand in dem zwischen Sigismund August und dem letzten Ordensmeister und ersten Herzoge Kurlands Gotthardt Kettler zu Wilna abgeschlossenen Unterwerfungsakte vom J. 1561 statt, woselbst die alten Rechte und Privilegien in vollem Umfange bestätigt wurden (vgl. Ziegenhorn, Staatsrecht der Herzogthümer Kurlands und Semgallen, Weilagen, S. 52\*\*).

Nachdem Livland unter Schwedische Herrschaft gekommen war, ließ sich die Schwedische Regierung angelegen sein, die alten Rechte und Privilegien mehrfach zu bestätigen\*\*\*). Denn obschon der Engelbrecht-Mengdenische Landrechtsskizze 1643 nicht bestätigt wurde, wurden die Gerichte doch angewiesen, nach den „alten Rechten und Gewohnheiten und dann erst nach Schwedischen und anderen Gesetzen zu urtheilen“, bis endlich im J. 1644 die mittlerweile mündig gewordene Königin Christina von Schweden eine Generalkonfirmation der alten Rechte und Privilegien ertheilte\*\*\*\*). Als aber die Schwedische Regierung in der Folge die besonderen Provinzialgesetze immer weniger zu achten begann, im J. 1694 sogar die ganze korporative Verfassung der livländischen Ritterschaft aufhob und einen Generalgouverneur an die Spitze des Landes stellte, und als schließlich die berücktigte Güterreduktion erfolgte, das Land auch durch die ewigen Kriege ausgezogen und verwüstet war, sahen es Alle als eine Erlösung an, als die Bemühungen Peters des Großen, Liv- und Esthland unter seine Gewalt zu bringen, schließlich mit Erfolg gekrönt wurden. In sämtlichen Kapitulationen, die von Peter mit den Ritterschaften Liv- und Esthlands sowie den Städten abgeschlossen wurden, wurde nun um Bestätigung aller wohlhergebrachten Privilegien, Rechte und Gewohnheiten gebeten. Daraufhin wurde dieser Punkt nicht nur überall zugestanden, sondern in Art. 9 des Nystädter Friedens auch nochmals wiederholt†). Kurland und Pilten folgten im J. 1795 und bedangen und erhielten dieselbe Bestätigung††).

\*) Vgl. Bunge in seiner Jubiläums-Schrift: „Das Römische Recht in den deutschen Ostseeprovinzen Rußlands. Einladungsschrift zur Feier des Tages, an welchem vor tausend dreihundert Jahren die Institutionen und Pandekten des Römischen Reiches Gesetzeskraft erhalten haben, im großen Hörsale der Universität, am 30. Dezember 1833 (Dorpat, 1833)“ S. 12.

\*\*) Cfr. v. Engelhardt in seiner zit. Schrift, § 10, S. 16.

\*\*\*) Vgl. die Geschichtliche Uebersicht, allg. Th. S. 58.

\*\*\*\*) Vgl. die Geschichtliche Uebersicht, l. c. S. 58. — D. Schmidt, Rechts-geschichte, S. 249 nennt als Konfirmationsjahr das Jahr 1648.

†) Vgl. D. Schmidt Rechts-geschichte S. 312.

††) Vgl. D. Schmidt l. c. S. 314. — In P. 10 der Kapitulation der livlän-

Da nun die älteren Rechtsquellen zum größten Theil auf deutschem Recht beruhten, aus deutschen Rechtsbüchern geschöpft waren, während die Grundlage der neuen Rechtsquellen eine vorherrschend römisch-rechtliche war, so mußte es sich, besonders seit dem 18. und seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts, als sich die Theorie des deutschen Privatrechts mehr und mehr entwickelte, ganz von selbst machen, daß, auch nachdem die unmittelbare staatsrechtliche Verbindung der baltischen Lande mit Deutschland längst aufgehört hatte, außer dem römischen auch das deutsche Recht hier selbst Eingang fand, und nicht nur in Gestalt der bis 1561 rezipierten allgemeinen deutschen Reichsgesetze und Gewohnheiten, sondern auch in seiner späteren Entwicklung als Subsidiarrecht — und zwar auf gewohnheitsrechtlichem Wege resp. durch Gerichtsgebrauch — Geltung erlangte.

Weil aber bei Unterwerfung unter die russische Herrschaft die Geltung des deutschen und römischen Rechts in den Ostseeprovinzen ausdrücklich bestätigt wurde und die spätere Modifikation des Th. III des Prov. Rs. gemäß den Intentionen des Gesetzgebers eben nur eine Aufzeichnung der bisherigen Rechtsquellen römisch-deutscher Ursprungs nebst ihren dazu gehörenden Subsidiarrechten sein sollte, das Justizreformgesetz vom J. 1889 aber in dieser Hinsicht auch keine Aenderung herbeiführte, so kann nicht davon die Rede sein, das russische, in B. X des Swods aufgezeichnete Privatrecht als Subsidiarrecht oder gar als ausschließliches Subsidiarrecht zum Th. III des Prov. Rs. zuzulassen, sondern diese Rolle lediglich dem gemeinen und dem deutschen Privatrecht, die als solche offenbar schon 1710 resp. 1795 ein für allemal sanktioniert worden sind, zu vindizieren.

In näherer Ausführung dieser Gedanken ließe sich Folgendes bemerken: was zunächst das römische Recht anbelangt, so sind es vor Allem die livländischen Landrechtsentwürfe, z. B. der Hilchen'sche vom J. 1600

---

bischen Mitterschaft vom 4. Juli 1710 heißt es unter ausdrücklicher Betonung der Subsidarität des gemeinen deutschen Rechts folgendermaßen:

„In allen Gerichten wird nach livländischen Privilegien, wohl eingerichteten alten Gewohnheiten, auch nach dem bekannten alten livländischen Mitterrechte, und wo diese defizieren, nach gemeinen deutschen Rechten der landesüblichen Prozeßform gemäß solange gesprochen, bis ein vollständiges *jus provinciale* für Livland angefertigt und daselbst publiziert worden.“

Vgl. Helmer sen: Abhandlungen aus dem Gebiete des livländischen Adelsrechts, 1. Lieferung (Dorpat, 1832) S. 3.

Vgl. auch Dr. Eduard Baron Tietenhausen: „Ist in Livland bei der Erbfolge in adligen Nachlassachen die römische Gradualordnung oder das Parentelsystem des deutschen Rechts in Anwendung zu bringen?“ (Als Manuscript gedruckt, Riga, d. 2. Dezember 1860) S. 4 ff.

und der Engelbrecht-Mengden'sche vom J. 1643, in denen römische rechtliche Elemente den überwiegenden Bestandtheil bildeten\*). Und in Abth. II, Cap. IV der Rigischen „Statuta und Rechte“ werden die Richter im Falle einer Lücke der Statuten geradezu auf das gemeine römische und kanonische Recht als Subsidiarrecht verwiesen\*\*):

„Die Richter sollen sich, in Fassung der Urtheile diesem unserem Stadt-Rechte und Gewohnheiten gemäß verhalten; da aber die nicht zulangeten, sollen sie sich nach den gemeinen beschriebenen Kaiserlichen und Geistlichen Rechten, im Urtheilen richten.“

Römisches Recht ist ferner die Grundlage des Schrader-Budberg'schen Landrechtsentwurfs vom J. 1737\*\*\*) und in gleicher Weise beruht das esthländische Mitter- und Landrecht des Philipp Krusenstierna in der Hauptsache — wenigstens was das Privatrecht anbetrifft — auf römischem Recht\*\*\*\*), dasselbe ist mit den Kurländischen Statuten vom J. 1614†) und dem 1644 für Kurland zustand gekommenen Verschauf'schen Landrechtsentwurf††) der Fall, dann aber auch mit den wichtigsten Stadtrechten, namentlich dem Rigischen in seiner letzten, vom römischen Recht stark beeinflussten Redaction†††). Und haben jene Entwürfe meist auch nicht Gesetzeskraft erlangt, so sind sie in der Praxis doch in stetem Gebrauch gewesen und spiegeln jedenfalls die damaligen Rechtsanschauungen resp. den damals herrschenden Gerichtsgebrauch recht getreu wieder. Ja, in manchen von ihnen, so z. B. im esthländischen Mitter- und Landrecht- und im Schrader-Budberg'schen Landrechtsentwurf wird die Anwendung des römischen Rechts als Hilfsrecht sogar ausdrücklich angeordnet††††).

Die Kodifikation des baltischen Privatrechts endlich vom J. 1864 hat, da sie die von ihr vorgefundenen einheimischen, zum Theil, wie gezeigt, stark vom römischen Recht durchsetzten Rechtsquellen aufgenommen und, nach ihrem ursprünglichen Sinn, entsprechend den damals in Theorie und

\*) Vgl. Bunge, das Römische Recht in den deutschen Ostseeprovinzen 2c. S. 16 u. 17.

\*\*) Vgl. auch C. Viennemann: „Die Eidesdelation als Beweismittel im Civilprozeß nach Rigischem Stadtrecht“ (Dorpat'scher Magisterdissertation, 1859), im Vorwort.

\*\*\*) Vgl. Bunge l. c. S. 17.

\*\*\*\*) Vgl. Bunge l. c. S. 17.

†) Vgl. Bunge l. c. S. 13—15.

††) Vgl. Bunge in seiner zit. Schrift. Das Römische Recht 2c. S. 14 f.

†††) Jedoch ist allerdings zuzugeben, daß im Allgemeinen die Stadtrechte mehr auf deutschem und weniger auf römischem Rechte basierten als die Landrechte resp. deren Entwürfe, vgl. namentlich D. v. Madai: Das Obligationsrecht Esth-, Liv- und Kurlands (Dorpat, 1841) im Vorwort, S. VIII.

††††) Vgl. Bunge, das Römische Recht 2c. S. 20.

Praxis herrschenden Rechtsanschauungen verarbeitet und aufgezeichnet hatte, das römische Recht als Rechtsquelle oder doch zum Mindesten als subsidiäre Rechtsquelle so offenbar gleichsam legalisiert, daß sie in den meisten Artikeln die Quellen, auf die sie die einzelnen Rechtsfälle stützen zu können glaubte, als Fußnoten ausdrücklich unter dieselben gesetzt hat. Ein Blick aber auf diese Fußnoten belehrt uns darüber, daß wohl der größte Theil dieser Quellenzitate, namentlich im Forderungsrecht, gerade dem *corpus juris civilis*, also der noch heute allerorts geltenden Hauptquelle des römischen Rechts entnommen ist.

Zwar ist es heutzutage als in der Wissenschaft feststehend zu betrachten, daß die Rezeption des römischen Rechts in dem Umfange und zu der Zeit, wo und wie sie in Deutschland erfolgte, in dem baltischen Lande nicht statifinden konnte\*). Denn in Deutschland war es im 15. Jahrhundert vornehmlich die Gründung des Reichskammergerichts, an das als oberstes Gericht die Appellationen aus den niederen Gerichten gelangten und das fast nur mit den des „gemeinen Kaiserlichen Rechts“ d. h. des römischen Rechts Kundigen besetzt werden durfte, die eine Kenntniß desselben auch seitens der Territorialgerichte niederer Instanzen voraussetzte und dem römischen Rechte überall, nicht nur in den Städten, wo Handel und Wandel schon ohnehin zu einer freieren Rechtsauffassung hindrängten, dauernde Lebensfähigkeit, ja schließlich eine dominierende, das einheimische deutsche Recht vielfach überwachernde Stellung sicherte. Altlivland hingegen hatte mit dem Reichskammergerichte nur eine höchst geringe Fühlung, seit dem Zerfall des Ordensstaates im J. 1561 fiel jeder Rest dieser Beziehungen ohnehin weg und die Gerichtsverfassung konnte hier um so eher die frühere bleiben, nach welcher die Rechtsfindung in die Hände der Standesgenossen gelegt war\*\*). Allein trotz alledem und ungeachtet des im J. 1424 dem livländischen Orden verliehenen und seitdem stetig im Gebrauch verbliebenen privilegii de non appellando — wodurch der unmittelbare Zusammenhang Livlands mit dem deutschen Reichsgericht, wo das römische Recht zuerst häufiger zur Anwendung kam, zerrissen wurde\*\*\*) — bestand das Band des innern, geistigen Zusammenhanges mit dem deutschen Mutterlande auch nach der äußerlichen Abtrennung von demselben noch weiter fort, und so konnte es nicht fehlen, daß die große geschichtliche Thatsache der Rezeption des römischen Rechts auch bis in unsere Lande ihre Wellen

---

\*) Vgl. Bunge: Wie kann der Rechtszustand zc. S. 5 u. 6.

\*\*) Vgl. D. Schmidt: Rechtsgeschichte S. 130 f.

\*\*\*) Vgl. Bunge: Beiträge zur Kunde der lit-, esth- u. kurländischen Rechtsquellen S. 68 f. und in der zit. Schrift: Das Römische Recht zc. S. 7.

(schlug\*) und die fortwährende Anwendung des alten deutschen Rechts mehr und mehr untergraben mußte\*\*). Und so fand das römische Recht nicht nur in den erwähnten Rechts- resp. Gesetzbüchern Liv-, Esth- und Aurlands, sondern auch in der Praxis der Gerichte Eingang und hatte sich schon im 17. Jahrhundert hieselbst Bürgerrecht erworben. Schon für das 15. und 16. Jahrhundert läßt sich das an der Hand vieler Urkunden der Brieflade, dann aber auch aus Fabri's *formulae procuratorum* nachweisen, das uns das Bild eines stark von römisch-kanonisch rechtlichen Bestandtheilen durchtränkten Prozeßverfahrens zeigt. So wie in Deutschland, so gründete sich also auch hier die Anwendung des römischen Rechts auf den Gerichtsgebrauch und so läßt sich für die Ostseeprovinzen der damaligen Zeit mit Fug und Recht behaupten, daß als Rechtsquelle des Privatrechts nicht nur die Rechtsbücher der neuern Zeit, sondern namentlich auch die Gewohnheit erschienen. Das römische Recht galt also schon als Gewohnheitsrecht und es ist gewiß unrichtig, wenn D. Schmidt gerade für das Privatrecht die vorläufige Fortdauer der angestammten Rechte deutscher Probenienz behauptet\*\*\*) oder wenn gar Bunge in einer seiner ältern Schriften sich zu dem Ausspruch versteigt, die Anwendbarkeit des römischen Rechts in Livland sei während dieser Periode sehr beschränkt gewesen\*\*\*\*). Allein noch andere Momente wirkten hier mit. So vor Allem, daß Geistlichkeit und wohl auch der Orden hier wie in Deutschland nach römischem Rechte lebten und die Verbreitung desselben durch Lehre und Praxis förderten†) sowie daß in den geistlichen Gerichten der im kanonischen Recht ausgebildete Prozeß galt††). Seit der Mitte des 15. Jahrhunderts wurden die wichtigsten Aemter beim Ordensmeister sowie in den Stiftskapiteln nicht selten von in Deutschland an der Hand des römischen Rechts gebildeten Doktoren der Rechte bekleidet†††), wiewohl das ein wesentliches Erforderniß gerade nicht war. Dann aber trug zur Verbreitung und

\*) Natürlich aber konnten die letzten Wirkungen der Rezeption in den Ostseeprovinzen erst später zu Tage treten als im deutschen Mutterlande, vgl. Bunge in seiner Schrift: Beiträge zur Kunde der Liv-, esth- u. aurländischen Rechtsquellen (1832) S. 65.

\*\*) Vgl. D. Schmidt l. c. S. 131 u. 132.

\*\*\*) Vgl. D. Schmidt l. c. S. 132.

\*\*\*\*) Vgl. dessen früher zitierte Rezension des v. Samson'schen Werkes: „Das livländische Erbschafts- u. Nacherrecht“ S. 88, 89 u. 190 f., dagegen aber die Note Samsons dazu auf S. 91 und dessen Antikritik S. 50 u. 51. — Wenigstens giebt Bunge l. c. S. 89 die Subsidiarität des römischen Rechts zu.

†) So auch Bunge: „Das Römische Recht in den deutschen Ostseeprovinzen Rußlands“, S. 4.

††) Vgl. D. Schmidt, Rechtsgeschichte S. 131.

†††) Cfr. D. Schmidt, Rechtsgeschichte l. c.

Einbürgerung des römischen Rechts in den Ostseeprovinzen auch die Kenntniss desselben bei, die sich eine ganze Reihe von Livländern auf deutschen Universitäten, die von ihnen häufig besucht zu werden pflegten, erworben\*). Und das Studium des römischen und kanonischen Rechts begann damals auf den deutschen Universitäten dank dem erwachenden Humanismus sich gerade zur vollsten Blüthe zu entfalten. Je mehr nun die Gerichte auch bei uns von rechtsgelehrten Richtern besetzt wurden, die das römische Recht kannten und es lieb gewonnen hatten, desto eher mußte es dahin kommen, daß in der Praxis mehr und mehr dieses römische Recht angewandt wurde und die angestammten, von den Juristen wenig gekannten, auf jeden Fall aber vernachlässigten Rechte allmählig in den Hintergrund gedrängt wurden. Das galt auch namentlich für das klassische Land des römischen Rechts, nämlich Kurland\*\*). Gerade hier lag die Rechtspflege schon im 16. Jahrhundert bald ausschließlich in den Händen der auf deutschen Universitäten ausgebildeten gelehrten Juristen\*\*\*). Die Regimentsformel vom J. 1617 verlangte, daß im Herzoglichen Rathe, der als Hofgericht die höchste Instanz des Landes war, zwei Doktoren der Rechte sitzen mußten\*\*\*\*). Seit dem 17. Jahrhundert findet man nicht selten kurländische Edelleute auf deutschen Universitäten mit dem Studium des Rechts beschäftigt, und zwar — da in dieser Periode der Hauptgegenstand des Rechtsstudiums auf den Universitäten Deutschlands römisches Recht war — mit eben diesem römischen und auch wohl dem kanonischen Recht†), daneben gewiß auch mit dem deutschen Recht. Eines der bekanntesten Beispiele ist Freiherr Hugo v. Blomberg, Kurländer von Geburt, der in Königsberg studierte und seit 1804 Präsident des Wiltenischen Landraths-

\*) Die Beispiele hierfür datieren sich auf eine sehr frühe Zeit zurück, vgl. besonders die zit. Schrift Bunge's: Das Römische Recht in den Ostseeprovinzen zc. S. 7 f. u. die Note 18 das.

\*\*) Vgl. Bunge, Das Römische Recht zc. S. 13 f.

\*\*\*). Vgl. Bunge, in der Einleitung zu seiner Schrift: Das Römische Recht S. 15 und S. 260 u. Blaesé in der zit. Dissert. § 82, S. 111 f. Note 291. — Bezeichnend ist es, daß einer der namhaftesten kurländischen Rechtsgelehrten aus dem 18. Jahrhundert, nämlich Ziegenhorn, in seinem mehrfach zitierten Werk: Staatsrecht der Herzogthümer Kurland und Semgallen § 7, S. 2. wörtlich wie folgt schreiben konnte:

... „Es ist auch bekannt genug, daß die Deutschen seit dem dreizehnten Jahrhundert schon das römische, bürgerliche Recht, die longobardischen Lehngewohnheiten, und das kanonische Recht, in gewissen Maßen angenommen gehabt, folglich ist nicht zu zweifeln, daß, wo in Kurland keine eigenthümliche noch gewisse deutsche Rechte vorhanden sind, man sich auch auf diese wohlbefugt zu beziehen habe“ ...

\*\*\*\*) Vgl. Bunge, Einleitung S. 260, D. Schmidt l. c. S. 294.

†) Vgl. Bunge, Einleitung l. c. u. D. Schmidt l. c.

kollegiums war. Vielleicht rührt von ihm das vielfach auf römisch-rechtlicher Grundlage beruhende Instruktorium des kurländischen Prozesses (Praecognita processus Curlandici), auch „kurländischer Schendrian“ genannt, das sich bald in Kurland das Ansehen einer förmlichen Rechtsquelle erwarb, her. Endlich trug zur Verbreitung des römischen Rechts in Kurland auch die im J. 1773 in Mitau von Herzog Peter gegründete Academia Petrina bei, eines akademischen Gymnasiums, auf welchem unter Anderm auch römisches Recht vorgetragen wurde\*). Und als Anfang des 19. Jahrhunderts die bereits unter König Gustav Adolph gegründete Dorpater Universität\*\*) zunächst als eine Landesuniversität fundiert und neu errichtet ward, wurde auch hier das römische Recht neben dem einheimischen bald einer der Hauptlehrgegenstände der Rechtswissenschaft.

Wie aber nun so die russische Regierung in den Ostseeprovinzen ein Privatrecht vorfand, dessen Basis eine römisch-deutschrechtliche war\*\*\* und als Quelle theils die Gewohnheit resp. den Gerichtsgebrauch, theils das Gesetz aufwies, so mußte sich mit der fortschreitenden Entwicklung des gemeinen Rechts in Deutschland, mit dem Aufblühen der historischen Schule und der späteren Reaktion gegen dieselbe, auch das in Liv-, Esth- und Kurland geltende Privatrecht immer mehr ausbilden, und das konnte um so eher stattfinden, als ja Peter der Große und die Kaiserin Katharina II. das gesammte frühere Recht und alle alten Gewohnheitsrechte für ewige Zeiten ausdrücklich bestätigt hatten. —

\*) Vgl. Bunge l. c. u. in seiner Schrift: das Römische Recht S. 15, Blaeje l. c. S. 111 f.

\*\*) Die Erweiterung des im J. 1630 von König Gustav Adolph zu Dorpat gegründeten Gymnasiums, auf dem auch Jurisprudenz gelehrt wurde, zu einer Universität erfolgte im J. 1632. Die neue Universität wies auch eine Juristenfakultät mit zwei ordentlichen Professoren auf. 1656 aufgelöst wurde die Universität erst im J. 1690 wieder restituiert und zwar mit dem Sitz in Bernau, wo sie bis zum J. 1710 bestand. — Stets aber war das römische Recht — wie wir aus glaubwürdigen Quellen wissen — der Hauptlehrgegenstand in der Rechtswissenschaft (vgl. Bunge. Das Römische Recht, S. 3 u. 20 f.), wiewohl nebenbei auch die Provinzialrechte und schwedisches Recht gelehrt wurden. Daraus kann man entnehmen, wie große praktische Bedeutung dem römischen Recht in den Ostseeprovinzen begelegt wurde.

\*\*\*) Deshalb konnte auch das livländische Hofgericht im J. 1727 auf eine vom Reichsjustizkollegium in Petersburg ergangene Anfrage über die in Livland geltenden Rechte auf das römische Recht als „das allgemeine Kaiserliche Recht, als das vollkommenste, welches, nebst dem Sächsischen Rechte, zu Herrenmeisterlichen, Polnischen, auch vortigen Schwedischen Regierungszeiten allhier in Livland, als einer Teutischen Province, üblich gewesen“ . . . zitiert nach Bunge, das Römische Recht 2c. S. 19 f.

Für das römische Recht ist der hier in flüchtigen Umrissen gezeichnete Entwicklungsgang sehr klar und historisch unbestritten\*). Etwas anders, wenigleich nicht gerade in ganz abweichender Gestalt, liegt die Sache mit dem deutschen Recht. Zwar braucht man auch hinsichtlich des letzteren nur einen Blick in die alten angefallenen Landesrechte, die Rechtsbücher zu thun, um die deutschrechtliche Probenienz und Grundlage derselben sofort zu erkennen. So z. B. beruht das Nigische Stadtrecht auf Hamburgischem, das Revaler Stadtrecht auf Lübischem Recht, so zeigen ferner der libländische Spiegel und das mittlere libländische Ritterrecht ihre Herkunft aus deutschen Rechtsbüchern, wie namentlich dem Sachsenspiegel fast in jedem Paragraphen\*\*) und dasselbe ist mit dem Waldemar=Trichschen Recht der Fall. Auch das Esthländische Ritter- und Landrecht, obwohl es seinem privatrechtlichen Theil nach vorwiegend auf römisch-rechtlicher Grundlage beruht, hat eine ganze Reihe deutschrechtlicher Rechtsinstitute in sich aufgenommen, und endlich erlangten wenigstens in der Periode libländischer Selbstständigkeit, also bis 1561 — bei dem Zusammenhang des Ordensstaates mit dem damaligen Deutschen Reich, dessen Theil er war — auch nicht wenige allgemeine deutsche Reichsgesetze, von denen so manche sich auch auf Gegenstände des Privatrechts bezogen, hieselbst Geltung\*\*\*). Bunge\*\*\*\*) wenigstens zählt eine ganze Reihe von deutschen Reichsgesetzen als noch zu seiner Zeit für das baltische Privatrecht geltend auf, so außer einzelnen Bestimmungen in den Reichsabscheiden z. B. vom J. 1500, 1529 und 1532 über Zinswucher und wucherliche Verträge überhaupt, über Wiederkauf, über die Succession der Geschwisterkinder, vom J. 1512 über die Handelsgesellschaften, insbesondere auch die Notariatsordnung vom selben Jahre sowie die Reichspolizeiordnungen aus den Jahren 1500, 1530 und 1548 über Zinswucher, wegen der Obervormundschaft, wegen der Handwerksmißbräuche und wegen des Verkaufs von Früchten auf dem

---

\*) Nur ist dabei allerdings immer im Auge zu behalten, daß das römische Recht in Liv- und Esthland keine so allgemeine und durchgreifende Aufnahme fand wie in Curland. Bunge: Beiträge zur Kunde 2c. S. 63 behauptet sogar, daß das römische Recht in Livland von weit geringerer Einwirkung auf das einheimische Recht als die übrigen fremden Rechte gewesen sei. —

\*\*) Vgl. Bunge: „Ueber den Sachsenspiegel als Quelle des mittleren und umgearbeiteten libländischen Ritterrechts sowie des hessischen Lehnrechts“. (Miga, 1827), passim, besonders S. 3—7.

\*\*\*). Vgl. auch namentl. Ullmann in der ztt. Diss. S. 7.

\*\*\*\*) Vgl. dessen Aufsatz: „Ueber die Anwendbarkeit der deutschen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen“ in den „Theoretisch-practischen Erörterungen“ B. I, S. 302 ff.



Galn 2c.) \*). Aber es fragt sich doch, ob und in wie weit auch die nach dem J. 1561 erlassenen allgemeinen deutschen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen Geltung beanspruchen durften? Denn nach 1561 war doch jedenfalls der staatsrechtliche Zusammenhang zwischen dem früheren Ordensstaat und seinem Mutterlande, dem deutschen Reiche, zerrissen und eine Appellation, an die höheren Gerichte nach Deutschland konnte in Privatsachen seit dem privilegium de non appellando nicht mehr stattfinden. — In Anbetracht dessen ist jedenfalls die unmittelbare Geltung dieser nach 1561 erlassenen Reichsgesetze in den Ostseeprovinzen mit Neumann\*\*) zu leugnen, nicht aber die mittelbare durch Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch vermittelte Geltung. Allerdings war es nicht die der Rechtsschaffung unfähige Doktrin, die, wie Neumann l. c. will, diese Geltung allein bewirkt hätte, allein zur gänzlichen Ablehnung auch jener mittelbaren Geltung, wie sie Bunge\*\*\*) gegen Neumann behauptet, ist jedenfalls der an sich unbestreitbare, von Bunge in den Vordergrund gerückte Satz, daß die Doktrin rechtserzeugend nicht wirken könne, kaum ausreichend. Nur daß eben hier Gewohnheit und Gerichtsgebrauch — allerdings begünstigt durch die fortdauernde geistige Verbindung der Ostseeprovinzen mit dem deutschen Mutterlande, wie sie sich namentlich auch in dem Rechtsstudium vieler Livländer auf deutschen Universitäten dokumentierte, — nicht das sogenannte „Juristenrecht“ als eigentliche Rechtsquellen erscheinen. So ist es z. B. — obwohl wir dafür keine sicheren historischen Zeugnisse haben — ganz unwahrscheinlich, daß der so einschneidende jüngste Reichsabscheid vom J. 1654 auf das baltische Recht von gar keinem Einfluß gewesen sein sollte.

Nun bildete sich aber Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhun-

---

\*) G. v. Engelhardt l. c. § 38, S. 38 nennt außerdem die peinliche Halsgerichtsordnung den ewigen Landfrieden, die Kammergerichtsordnung, die Notariatsordnung 2c. — Vgl. auch Biegenhorn: Staatsrecht § 7, S. 2 u. Mabai: „Die Schwedischen Zinsplakate vom 14. November 1666 und 16. Dezember 1687 und ihr Verhältniß zum Liv- und Esthländischen Recht“ in B. I der Theoretisch-praktischen Erörterungen S. 409. — Zum Theil sind jene im Text erwähnten allgemeinen deutschen Reichsgesetze von der Kodifikation rezipiert worden, allerdings in etwas veränderter, überarbeiteter Gestalt.

\*\*) Vgl. dessen zit. Aufsatz in den Theoret. prakt. Erört. B. I S. 75 u. Theodor Seraphim: „Die angebliche Alleinvormundschaft der Wittve nach kurländischen Rechten“ in der „Baltischen Monatschrift“ 1864 (B. 10) S. 494. — Anderer Ansicht G. v. Kummel in seiner Magisterschrift: „Zur Lehre von der Einverfügung des Vorausempfängenen nach Liv-, est- und kurländischem Landrecht“ (Dorpat 1843), These 1, woselbst einfach gesagt wird, daß in Liv- und Estland auch die deutschen Reichsgesetze nach 1561 Anwendbarkeit hätten. —

\*\*\*) Vgl. dessen zit. Aufsatz in den Erört. B. I S. 306 ff.

berts, vorzüglich unter dem Einfluß der historischen Schule mit ihren Führern Eichhorn, Savigny und Buchta, nachdem von einem deutschen Kaiserreich längst nicht mehr die Rede war, in Deutschland die Wissenschaft des sogenannten deutschen — richtiger germanischen — Privatrechts aus, in reinlicher Scheidung von dem gemeinen Recht und nach endlicher Ueberwindung des durch irrthümliche Vermengung dieses mit jenem veranlaßten *usus modernus pandectarum* eines Strichs, und setzte sich dank der öfters hervorgehobenen steten geistigen Verbindung Deutschlands mit den Ostseeprovinzen auch in letzteren fest, wobei einer der Hauptvertreter der germanistischen Wissenschaft unser Bunge war, ein Anhänger des Altmeisters Eichhorn. Es setzte sich aber dieses germanische Privatrecht bekanntlich aus den allen deutschen Einzelstaaten, sowie auch Deutsch-Oesterreich, Holland, Schweden-Norwegen und Dänemark gemeinsamen angestammten, einheimischen Rechten, im Gegensatz zu den aus dem römischen Rechte genommenen und durch die Rezeption des römischen Rechts eingebürgerten Rechtsätzen zusammen. In dieser Beziehung hatte sich eine Reihe von Rechtsinstituten gebildet, die dem römischen Recht theils fremd, theils dessen Prinzipien sogar diametral entgegen waren. Ich erinnere hier beispielsweise an das Näherrecht, das durch Einführung der Grundbuch- und Hypothekenordnungen bedingte Prinzip der Publizität und Spezialität im Pfandrecht, das mit den stillschweigenden gesetzlichen Hypotheken am Begriffsganzen bald konkurrierte, bald dasselbe mehr oder weniger verdrängte, an den Erwerb des Eigenthums an Immobilien durch Auflassung — die nachher in die Korroboration überging —, an das Institut der rechten Gewere, die Regel: „Hand muß Hand wahren“, die in Gegensatz zum römisch-rechtlichen Vindikationsprinzip trat, an das Lehns- und Stammgüterrecht und die aus letzterem hervorgegangenen adeligen Familienfideikomisse, an die Idee des Erbgutes, das Institut der Reallasten und Realrechte, an die Einkindschaft, an die Verjährung von Jahr und Tag, die Erbverträge, an die Regalien, die Lehre von der Statutenkollision, das Jagdrecht und vieles andere mehr\*).

Alle diese Rechtsinstitute fanden, begünstigt durch die auf deutschrechtlicher Grundlage beruhenden Rechtsbücher, auch in den Ostseeprovinzen Aufnahme, Pflege und Weiterentwicklung, und zwar vermittelt durch die vorhin angegebenen Faktoren, nur daß natürlich lokale Besonderheiten und Abweichungen nicht ausbleiben konnten. Und so war es ganz natürlich und konnte im Grunde gar nicht anders sein, als daß das deutsche Privat-

\*) Ueber andere Beispiele vgl. v. Engelhardt in der zit. Schrift S. 19—35.

recht das Subjidiarrecht abgeben mußte, das in allen denjenigen Rechtsinstituten, die sich auf seiner Grundlage und in einer ähnlichen Weise wie in Deutschland entwickelt hatten, dementsprechend von der Praxis angewandt wurde. Um nun aber zu erkennen, einer wie festen Grundlage sich die subsidiäre Geltung des deutschen Privatrechts, namentlich auch in der Periode bis zur allendlichen Modifikation des baltischen Privatrechts im J. 1864 in den Ostseeprovinzen erfreute, braucht man nur einen flüchtigen Blick in die Urtheile der drei obersten Gerichte der damaligen Zeit (Hofgericht, Oberlandgericht und Oberhofgericht), die der Veröffentlichung leider noch immer harren, sowie nicht minder in viele untergerichtliche Urtheile, namentlich der städtischen Magistrate der damaligen Zeit zu thun. Für Kurland läßt sich das insbesondere an der Hand des mehrfach zitierten Bunge'schen Werkes: „Das kurländische Privatrecht“ zeigen, wo die daselbst angeführten, meist Oberhofgerichtlichen Urtheile sehr häufig Berufungen auf das deutsche Privatrecht enthalten, ferner auch an der Hand der öfters zitierten v. Engelhardt'schen Schrift\*) sowie des Neumann'schen Buches: „Das kurländische Erbrecht“ (Mitau, 1850), woselbst gleichfalls Urtheile angeführt werden, die sich auf deutsches Privatrecht gründen.

Während die Subsidiarität des römischen und gemeinen Rechts — zunächst für die Zeit bis 1864 — in der Hauptsache auf dem Gesetz selbst beruhte und erst in zweiter Linie auf Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch, war es mit der Subsidiarität des deutschen Privatrechts gerade umgekehrt, insofern es hier — seitdem von einer unmittelbaren Einwirkung etwaiger deutscher Reichsgesetze nach der Loslösung Livlands von Deutschland im J. 1561 nicht mehr die Rede sein konnte — in erster Linie Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch waren, von denen die Stellung des deutschen Privatrechts als subsidiärer Rechtsquelle abgeleitet wurde\*\*). Was

\*) Vgl. die von ihm in § 11 S. 16 f. angeführten vier oberhofgerichtlichen Urtheile, unter denen es in einem — der Oberhauptmann von Raden'schen Erbschaftsache — geradezu heißt:

...„Von der Unzugänglichkeit der Landesgesetze zur Entscheidung der obigen Frage kann also keineswegs das appellatitsche Seits in Erwägung gebrachte römische, sondern allein nur das von appellatitschem Theil angezogene teutsche Recht, welches ohnehin diesen Herzogthümern ganz eigens vorbehalten, eine richtige Auskunft geben“... (Zitiert nach v. Engelhardt).

\*\*) Das umgekehrte Verhältniß behauptet v. Engelhardt in seiner zit. Schrift, § 8, S. 14, der gestützt auf ein Zitat aus Runde's Privatrecht (§ 25) die subsidiäre Geltung des römischen Rechts in Kurland der gewohnheitsmäßigen Uebung zuschreibt, wogegen das deutsche Recht seine Subsidiarität aus den klaren, ausdrücklichen Worten des Adelsprivilegiums v. J. 1561, Art. IV, also aus einem Gesetz herleite. — Wenn nun ferner v. Engelhardt in Note a eod. behauptet, für Kurland könne man keine Gesetzstelle nachweisen, welche das römische Recht ausdrücklich regipiert habe, so

dort vorzugsweise das geschriebene Gesetz, das bewirkten hier allem zuvor Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch, befruchtet und vermittelt durch eine stetig mit den Erzeugnissen der Wissenschaft des deutschen Privatrechts in Deutschland in Zusammenhang stehende Doktrin\*). — Aber auch seit der Kodifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 hat sich das nicht etwa geändert. Auch jetzt noch dürfte das deutsche Privatrecht zu den subsidiären Rechtsquellen gehören. Das erscheint auf den ersten Blick eine gewagte Annahme. Denn man könnte annehmen, daß die Kodifikation eine Art ein für alle mal gültiger und eben nur so gültiger authentischer Interpretation der bisherigen Rechtsquellen des baltischen Privatrechts enthielte, daß also das bisherige, auf den alten Quellen beruhende Recht eben nur in der Form und so gelten solle, wie es in den einzelnen Artikeln niedergelegt sei. Allein das kann nicht die alleinige und stets zu vermuthende Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, wenn er, um den Charakter des Th. III als einer Aufzeichnung des bisherigen Privatrechts auch schon rein äußerlich zu wahren, überall die Quellen, auf die der Text der einzelnen Artikel gegründet wird, angegeben hat. Es wäre ein Nonsens zu behaupten, er habe dadurch die bisherigen Rechtsquellen außer Kraft setzen und ihnen lediglich interpretative Bedeutung beilegen wollen, wiewohl das noch neuerdings von namhafter Seite behauptet worden ist\*\*). Das wäre schon deshalb unmöglich, weil ja die Kodifikation vielfach auf das Gewohnheitsrecht und das Herkommen als Quelle, aus der die betreffenden Rechtsätze fließen, hinweist, die Gewohnheit aber doch nicht Interpretationsmittel, sondern eben Rechtsquelle ist. Die Bedeutung der alten Rechtsquellen aber, die Berufung auf dieselben seitens der Kodifikation in Gestalt von Fußnoten und ihr Verhältniß zu den entsprechenden Artikeln des Th. III selbst denke ich mir so, daß mit Angabe dieser Quellen unter den einzelnen Gesetzartikeln der Gesetzgeber unter Anderem auch noch anzeigen wollte, von wo man im Falle einer Lücke im Gebäude der Kodifikation das Material zur Ausfüllung derselben hernehmen sollte\*\*\*). Zeigen nun die

---

ist das eben im Hinblicke auf den gedachten Art. IV des Adelsprivilegiums — der, wie schon früher gezeigt wurde, einen andern Sinn hat wie den ihm von Engelhardt supplebittierten — unrichtig, und wäre es auch richtig, so würde es doch nichts gegen die hier vertretene Ansicht beweisen.

\*) So sagt z. B. schon Neumann in seinem öfters zitierten Werk: „Das kurländische Erbrecht“ § 8 S. 21 — allerdings nur für das gemeine Recht, allein in einer offenbar auch auf das deutsche Recht anwendbaren Weise — daß die Ausbildung der Substitutionsrechte durch wissenschaftliche Bearbeitung und Praxis, soweit sie hier selbst in Gebrauch gekommen, auch für uns nicht verloren wäre. —

\*\*) Vgl. Erdmann, System B. I, S. 35.

\*\*\*) Vgl. auch v. Engelhardt, in der zit. Schrift, § 4, S. 8.

Quellenzitate an, daß die Basis eine deutschrechtliche ist, so enthält das einen stillschweigenden, dafür aber nicht minder zwingenden Hinweis darauf, daß die Ergänzung der Lücken auch wieder nur durch das deutsche Recht erfolgen kann, vorausgesetzt natürlich, daß es sich um Rechtsinstitute handelt, die sich hier ebenso oder ähnlich wie in Deutschland entwickelt haben.

Speziell für die Zeit nach der Kodifikation bis zur Justizreform vom J. 1889 läßt sich aber die Stellung des deutschen Privatrechts als subsidiäre Rechtsquelle auch noch aus der rühmlichst bekannten Zwingmann'schen Sammlung von Präjudikaten der Rigaschen Stadtgerichte unschwer nachweisen, wo die Urtheile, namentlich in dem handelsrechtlichen Theil, eine fortwährende Berufung auf das deutsche Privat- und Handelsrecht enthalten, und von demselben hat mich ein flüchtiger Blick in die Akten des livländischen Hofgerichts und des kurländischen Oberhofgerichts überzeugt. Wenn aber so der Gerichtsgebrauch das deutsche Privatrecht und das deutsche Handelsrecht, das ja eigentlich nur ein Theil des erstern ist und nur aus Gründen akademischer Natur zu einer besonderen Disziplin gemacht worden ist, als Subsidiarrecht des baltischen Privatrechts, wie es in der Kodifikation von 1864 enthalten, gewissermaßen sanktioniert hat, wenn es in dieser Hinsicht also Gewohnheitsrecht geworden ist, so kann daran auch die Thatsache nichts ändern, daß seit 1889 die russischen Gerichte in den Ostseeprovinzen sich mehr oder weniger ablehnend gegen die Anwendung dieses Subsidiarrechts verhalten, vielleicht aus falsch verstandenem und an dieser Stelle gewiß nicht angebrachtem Patriotismus vulgo Bürokratismus. Denn die Wissenschaft hat es weder mit Patriotismus noch mit Bürokratismus noch mit Politik, sondern nur mit der Erforschung der Wahrheit zu thun und wenn es nun feststeht, daß das deutsche Privatrecht sich die Stellung eines Subsidiarrechts des baltischen Privatrechts erworben hat, so muß es dabei eben sein Bewenden haben. Es ist mir von diesem Gesichtspunkte aus und auf Grund der vorhergehenden Erwägungen ganz unverständlich, wie noch neuerlich sich baltische Juristen dahin aussprechen konnten, die Rechtsentwicklung auf dem Boden des deutschen Rechts in den Ostseeprovinzen habe seit der Justizreform vom J. 1889 ihr Ende erreicht\*).

Wenn aber die Kodifikation sich auf deutsches Privat- oder Handelsrecht nicht ausdrücklich beruft, so hat das um so weniger Bedeutung, als die Subsidiarität desselben schon gewohnheitsrechtlich und durch direkte Rezeption deutscher Rechtsinstitute und dem deutschen Privatrecht angehörender Rechtsätze hinlänglich feststeht, auf Gewohnheit

---

\* \*) Vgl. Mag. jur. Th. v. Bunge: „Aus dem Baltischen Rechtsleben der Neuzeit“ (Mitau 1894), S. 27.

und Herkommen, gerade auch bei Rechtsinstituten deutscher Provenienz seitens der Kodifikation häufig verwiesen wird und endlich auch, wenigstens für das lokale Handelsrecht, die Justiznovelle vom J. 1889, also das Gesetz selbst die geltenden Handelsgewohnheiten als gültige Rechtsquelle anerkennt\*). — Zurückgreifend sodann auf das römische Recht, so steht die fortbauernde Subsidiarität des letzteren — und zwar in seiner Hauptquelle, dem *corpus juris civilis*. — auch für die Zeit nach der Kodifikation vom J. 1864 schon deshalb allein fest, weil wohl die Mehrzahl der Artikel als Quellenbelege Zitate aus dem *corpus juris civilis* anführt, damit also den Weg vorzeichnet, wie und von woher etwaige Lücken in jenen Gesetzesstellen ausgefüllt werden sollen\*\*). Im Uebrigen gilt hier *mutatis mutandis* dasselbe, wie hinsichtlich der Subsidiarität des deutschen Privatrechts. Auch hier haben Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch die Anwendung des römischen resp. gemeinen Rechts als subsidiärer Rechtsquelle auch für die Zeit nach 1864 sanktioniert, wie insbesondere die Urtheile der früheren drei baltischen Obergerichte sowie nicht zum Letzten — wenigstens für das Rigasche Stadtrecht — die in der Zwingmannschen Sammlung wiedergegebenen Urtheile der ehemaligen Rigaschen Stadtgerichte beweisen, nur daß eben die Subsidiarität des römischen Rechts in der Kodifikation im Gegensatz zu der des deutschen Rechts schon rein äußerlich hervortritt, damit also gleichsam gesetzlich festgelegt ist. Denn wollte die Kodifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 wirklich nur eine — allerdings authentische — mit Gesetzeskraft ausgestattete Aufzeichnung des gesamten bisherigen Privatrechts, einerlei auf welcher Grundlage es beruhte, sein, so ergiebt sich daraus — und dies gilt in gleicher Weise vom römischen wie vom deutschen Recht — die ganz natürliche Folge, daß die dem Charakter einer Kodifikation des bisher geltenden Rechts des III. Theils schon in rein äußerlicher, sinnlich wahrnehmbaren Rechnung tragende Weise von den Redaktoren des III. Theils angewandte Methode, der Quellenangabe zu den Artikeln deutsch- oder römisch-rechtlicher Probe-

\*) Vgl. Artt. 18 u. 19 der Justiznovelle vom J. 1889 (Beilage VI zu Art. 68); dazu Erdmann, in der Zeitschrift S. 216.

\*\*) Schon G. v. Engelhardt in seiner zitt. Schrift § 4, S. 9 konnte daher mit vollem Recht sagen:

„Wenn man unsere Landesgesetze, besonders die Statuten, einer Prüfung unterwirft, so bringt sich die Bemerkung von selbst auf, daß dieselben Fragmente aus altteutschen, longobardischen, kanonischen und römischen Gesetzen sind. Bruchstücke aber müssen nach hermeneutischen Grundsätzen, aus ihren Quellen, erklärt und ergänzt werden.“

— Vgl. überhaupt auch Rierulf: „Theorie des gemeinen Civilrechts“ B. I (1839), Einl. S. XIV f.

nienz auch das bei Ergänzung und Ausfüllung etwaiger Lücken zu beobachtende Verfahren der subsidiären Anwendung der „fremden Rechte“ nothwendig in die oben bezeichneten Bahnen d. h. in die des römischen und deutschen Rechts lenken mußte. Daher ist aber auch der Einwand, es könnte die Angabe der jeweiligen Quellen zu irgend einem Artikel bloß der Bequemlichkeit, des leichteren Nachschlages wegen, also lediglich zu Orientierungszwecken erfolgt sein, im Grunde ganz bedeutungslos, denn zugegeben, daß die Angabe der Quellen — einerlei ob es sich nun um angeammelte oder den fremden Rechten angehörige Rechtsquellen handelt — nur zu Nachschlagezwecken dienen sollte, so entsteht doch die Frage: wozu ist denn ein solches Nachschlagen, ein Zurückgehen auf die Quellen nöthig? Doch offenbar nur, falls und soweit der betreffende Gesetzesartikel bei seiner Anwendung auf den konkreten Fall oder seiner Fassung nach nicht klar ist, zu Zweifeln Anlaß giebt oder gar eine „Lücke“ zeigt. Ist aber das Gesetz klar und ertheilt es eine ausreichende Antwort, so würde ein Zurückgehen auf die ihm zu Grunde gelegte Quelle offenbar lediglich geschichtswissenschaftlichen Zwecken dienen. Daß um dieser allein willen die Angabe der Quellen stattgefunden habe, kann dem Gesetzgeber vom J. 1864 nicht unterlegt werden. Die unzweifelhafte Absicht des Gesetzgebers war vielmehr die, recht auffällig zu zeigen, daß römisches und deutsches Recht wirklich subsidiarische Rechtsquellen seien, dazu bestimmt, das spezifisch baltische Privatrecht des Th. III nöthigenfalls zu ergänzen\*). Wenn aber das so ist, so darf man auch nicht davor zurückschrecken, eventuell sogar den zu einem Artikel zitierten Quellenstellen den Vorzug vor dem Text des Artikels selbst zu geben, falls die juristische Hermeneutik auf dies Resultat hinführt, nur so ein dem Geist des Prov. R., dem inneren Zusammenhang jenes Artikels mit dem sonstigen Prov. R. entsprechendes Resultat erlangt werden kann und auch sonst keine Gründe historischer Natur dagegen sprechen\*\*). Denn wiewohl man — ohne mit dem eben ausgesprochenen Satz in Widerspruch treten zu müssen — die Richtigkeit des Satzes, daß die einzelnen Artikel der Kodifikation häufig eine Art authentischer Interpretation der von denselben zitierten Quellen abgeben\*\*\*), zugeben kann, so werden im konkreten

\*) Vgl. hierzu Кассо: „Ф. Г. фонъ Бунге и Остзейское гражданское право“, Sonderabdruck aus dem Oktoberheft des Journals des Justizministeriums, (Jahrg. 1897), Petersburg 1897, S. 13 u. passim.

\*\*) Anderer Ansicht ist freilich Erdmann, System B. I. S. 31, der im Fall eines Widerspruches des Wortlautes der Kodifikation mit den älteren Quellen der ersteren unter jeder Bedingung den Vorrang einzuräumen scheint. Vgl. auch die von Erdmann l. c. S. 31, Note 3 Zitierten.

\*\*\*) Vgl. Erdmann, System B. I, S. 31.

Fall d. h. beim Widerspruch zwischen Gesetzesartikel und der von ihm angerufenen Quelle doch immer erst eine sorgfältige, unter Beobachtung aller wissenschaftlich zulässigen Interpretationsmittel und namentlich der Geschichte des betreffenden Rechtsfakes zu bewertende Prüfung sowie eine Vergleichung jenes Artikels mit anderen, analogen Rechtsbestimmungen des Th. III eine zuverlässige Antwort auf die Frage ertheilen können, ob gegebenenfalls nicht etwa eine irrtümliche Berufung auf eine gar nicht einschlägige Quellenstelle, also ein redaktionelles Versehen vorliegt, oder ob nicht umgekehrt aus der Beschaffenheit und dem Inhalt der zitierten Quellenstelle auf die wahre Absicht des Gesetzgebers, die Unklarheit eines zweifelhaften Sinnes aufzuhellen, eine etwaige Unvollständigkeit zu ergänzen geschlossen werden kann, und ob nicht der durch nichtgewollten Irrthum oder Unachtsamkeit des Gesetzgebers entstellte Gesetzestext dementsprechend nach Maßgabe der angegebenen Quelle zu corrigieren ist\*), wogegen natürlich bei Uebereinstimmung zwischen Artikel und Quellenzitat diese Frage gar nicht entstehen kann. Denn in der Regel haben die zitierten Quellenstellen, insbesondere die aus dem corpus juris civilis eine durchaus einwandsfreie Auffassung seitens der Redaktoren erhalten.

Wir wiederholen es also: es ist im Zweifel stets Auslegungsfrage, ob der Gesetzgeber den betreffenden Artikel wirklich in der Fassung, die er ihm de facto gegeben, gewollt, sich mithin also nur in der Quellenangabe versehen hat, oder ob er sich in der Quellenangabe nicht versehen hat und nur in der Fassung des Gesetzestextes sich ein Versehen, einen Irrthum, eine Unklarheit hat zu Schulden kommen lassen. In keinem Fall aber wird die Entscheidung der Frage nach dem Verhältniß der Modifikation zu den von ihr allegierten Rechtsquellen — wie man auch im Einzelnen darüber denken und wozu man sie auch entscheiden mag — der Erläuterung und Ergänzung von Unklarheiten und Lücken im Th. III des Prov. Rs durch Heranziehung des römischen und deutschen Rechts, als einer wahren Rechtsquelle resp. der Anwendung von nicht allegierten Stellen aus den fremden Rechtsquellen nach irgend einer Richtung hin Abbruch thun können. — Und so nehme ich, gestützt auf meine vorherigen Ausführungen nicht Anstand, zu behaupten, daß römisches (gemeines) und deutsches Privatrecht in den Ostseeprovinzen auch nach der Modifikation vom J. 1864 wahre Hilfsrechte des baltischen Privatrechts sind, daß sie diese Stellung auch nach der Justizreform vom J. 1889 und bis in die

\*) Das übersieht auch namentlich Gürgens in seinem zit. Aufsatz: „Das Verhältniß des Provinzialgesetzbuches etc.“ in B. 13 der balt. Monatsschrift, S. 280, wenn er daselbst ausführt, daß wir an jeden Irrthum der Modifikation in der Auslegung der früheren Quellen gebunden seien.



Jetztzeit hinein nicht eingebüßt haben und daß sie dieselbe auch in Zukunft bewahren dürften. Die alten Rechtsquellen, einheimische sowohl als fremdrechtliche, sind eben durch die Kodifikation vom J. 1864 und auch nachher keineswegs außer Kraft gesetzt worden, sondern behalten so sehr ihre Kraft daß sie gemäß den ausgesprochenen gesetzgeberischen Tendenzen gerade zur Erläuterung und Ergänzung einer von der Kodifikation garnicht oder nicht ausreichend beantworteten Frage zu dienen haben\*), ja, daß unter Umständen nur ein Zurückgehen auf die zitierte Rechtsquelle die wahre gesetzgeberische Absicht aufzudecken vermag\*\*). Ist das richtig, so folgt daraus unwiderleglich der weitere Satz, daß das deutsche Privatrecht in den Ostseeprovinzen ebensowenig wie das römische (gemeine) Recht eine bloß interpretative Bedeutung haben kann, sondern daß es gleich dem römischen die Stellung eines wahren Subsidiarrechts, also einer wahren Rechtsquelle\*\*\*) subsidärer Natur noch gegenwärtig behauptet.

Diese Position eines subsidären Rechts darf man dem deutschen und dem gemeinen Privatrecht hinsichtlich der baltischen Kodifikation ebensowenig streitig machen, wie das etwa in Deutschland mit dem deutschen B. G. B. möglich wäre, wo das gemeine Recht, weil es als die Hauptgrundlage, auf der das Gesetzbuch beruht, als das Material, aus dem es vorzugsweise aufgebaut ist, erscheint, seine Stellung als subsidäre Rechtsquelle gleichfalls nicht eingebüßt haben kann. Entgegengesetzten Falls müßte auch für die früheren deutschen

\*) Die — an und für sich schon verwerfliche — Hoffnung, die v. Engelhardt im § 3 S. 7 seiner zzt. Schrift im J. 1817 ausgesprochen hatte, nämlich daß ein „vollendeter Alexandrinischer Codex“ uns von dem „mühsamen Studium der Quellen des germanischen, kanonischen, longobardischen und römischen Rechts“ befreien werde, hat sich also nicht erfüllt und kann sich überhaupt nie erfüllen, so lange nicht der wissenschaftlichen Erforschung des baltischen Privatrechts überhaupt Valet gesagt werden soll.

\*\*) So wohl auch Engelmann: Staatsrecht S. 241.

\*\*\*). Es ist nicht abzuleugnen, daß, wenn im Text von „Rechtsquellen“ gesprochen wird, solches als ein Operieren mit einem in der Rechtswissenschaft leider äußerst bestrittenen, keineswegs noch geklärten Begriffe erscheint. Denn was versteht man unter Rechtsquelle? Um die auf diesem Gebiete unter den Juristen aller Zeiten und Schulen in wahrhaft bejammernswerther Weise herrschende Meinungsverschiedenheit zu erkennen, braucht man nur die interessanten Ausführungen Bergbohm's in seinem zzt. Buche: „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“, B. I, S. 40 ff. u. S. 504—531 nachzulesen, woselbst sich reichhaltige Literaturbelege finden. — Wenn man aber mit Keller: Pandekten, B. II (1866), § 1, S. 3 unter Rechtsquelle dasjenige versteht, was den Rechtsregeln als solchen ihre Geltung giebt, wenn man einfach Rechtsquellen diejenigen Offenungen nennt, aus denen die einzelnen Rechtsnormen fließen und hergenommen werden, so sind römisches und deutsches Recht für das baltische Recht in der That wahre Rechtsquellen. —

Partikulargesetzbücher z. B. das preußische Landrecht, das sächsisch-civilgesetzbuch etc. die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts geleugnet werden, was angesichts der gemeinrechtlichen Grundlage jener Gesetzbücher zu den widersinnigsten Resultaten führen dürfte\*).

Es wird das allerdings — und zwar auch für die westeuropäischen Zivilgesetzbücher — vielfach in Abrede gestellt. So sind namentlich noch neuerdings wieder Stimmen laut geworden, die da behaupten, durch jene neuen Modifikationen, insbesondere auch durch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch sei die Geltung des gemeinen Rechts, auch in seiner Eigenschaft als subsidiäre Rechtsquelle, formell außer Kraft gesetzt\*\*). Hiervon ist aber bloß soviel zuzugeben, daß das gemeine Recht nur als primäres Recht von jenen Gesetzbüchern verdrängt worden ist, sonst aber d. h. als Subsidiarrecht seine bisherige Geltung unbedingt und zweifellos beibehalten hat. Und das kann auch gar nicht anders sein. Ist einerseits gegen die obigerwähnte Beiseiteschiebung des römisch-gemeinen Rechts — worin geradezu der Triumph des betreffenden Gesetzbuches als einer ganz eigenartigen, neuen Rechtschöpfung über das „Fremdrecht“ gesehen wird\*\*\*) — in seiner Eigenschaft als Subsidiarrecht als Einlenken in höchst gefährliche Bahnen, als eine Vergewaltigung der gesamten zivilistischen Rechtswissenschaft mit Entschiedenheit zu protestieren, so beruht sie andererseits auch auf ganz unrichtigen, irthümlichen Vorstellungen und bedeutet ein gänzlichcs Ignorieren rechtsgeschichtlicher Thatfachen. Denn will man der Geschichte des Zivilrechts — beispielsweise in Oesterreich und Deutschland — nicht Gewalt anthun, so muß man anerkennen, daß eben jene Gesetzbücher zum großen, ja vielleicht zum größten Theil auf dem gemeinen Recht beruhen, aus ihnen geschöpft sind, aus eben jenem gemeinen Recht, das man gleichsam aus seinem eigenen Hause verjagen und mit Gewalt zu dem Mohren machen will, der seine Schuldigkeit gethan hat und nunmehr gehen kann! So sieht sich daher auch Cosack l. c. S. 28 für das deutsche B. G. B. zu dem Zugeständniß veranlaßt, daß eine „ganze Reihe wichtiger Regeln“ ihrem „überwiegenden Inhalte nach“ römisch-rechtlich sei und so äußert sich Dernburg\*\*\*\*) — der im Gegensatz zu den vorheringe-

---

\*) Vgl. namentlich meine Schrift: „Zukünftige Aufgaben der Pandektenrechtswissenschaft“ (Wien 1903) S. 14, Hierulff, Theorie, l. c. S. XIV f. —

\*\*) So namentlich auch für das österreichische B. G. B. vom J. 1811 — Crome: „System des deutschen bürgerlichen Rechts“ B. I (1900) § 4 S. 16 u. 17, ferner Cosack: „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts“, B. I (3. Aufl. 1900) § 7 S. 27 f.

\*\*\*) So Cosack l. c. S. 28.

\*\*\*\*) Vgl. dessen „Pandekten“ B. I (5. Aufl., 1896) § 1 S. 8.

nannten, in der Note zitierten Schriftstellern die richtige Ansicht vertritt — geradezu und unumwunden folgendermaßen:

„Auch soweit das gemeine Recht in deutschen Staaten formell außer Kraft gesetzt ist, hat dasselbe im wissenschaftlichen Sinne Subsidiarität behalten. Denn auf seiner Grundlage ruhen die modernen Modifikationen, aus ihm vorzugsweise sind sie zu erklären und zu ergänzen. Dies wird auch nothwendig der Fall sein, wenn das bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland in Kraft tritt“.

Es ist mir auch ganz unverständlich, wie das anders sein sollte! Das deutsche B. G. B. enthält Bestimmungen über die Obligation und das Eigenthum, allein da es nicht sagt, was es darunter versteht, so wird doch nothgedrungen das gemeine Recht einzutreten haben, das hierüber die nöthigen Aufschlüsse giebt\*). Und deshalb würde ich die obige Aeußerung Dernbergs noch dahin verschärfen, daß ich sage:

Das gemeine Recht ist für das deutsche B. G. B. wie überhaupt auch für andere in Westeuropa zur Zeit geltende Gesetzgebungen subsidiäre Rechtsquelle, dazu bestimmt, etwaige Lücken im Gesetzbuch auszufüllen, eben weil dieses und viele andere Gesetzbücher direkt aus dem gemeinen Recht geschöpft haben.

So wenig wie das Kind seine Mutter verleugnen kann, so wenig kann ein aus dem gemeinen Recht hervorgegangenes, aus seinem Fleisch und Blut zusammengesetztes Zivilgesetzbuch sich von diesem nun einmal vorhandenen Zusammenhang lossagen! Von dieser Seite aus läßt sich auch einem gegen die heutige Subsidiarität des deutschen Privatrechts möglichen Einwande mit Erfolg entgegentreten. Derselbe könnte darin bestehen, daß man sagt seit 1900, also dem Jahre, wo das deutsche B. G. B. für alle Bundesstaaten Deutschlands in Kraft trat, kann von einem deutschen Privatrecht überhaupt und folglich auch von einer Subsidiarität desselben in den Ostseeprovinzen nicht mehr die Rede sein. Dabei würde man aber erstens vergessen, daß laut dem Einführungsgezet zum B. G. B. eine Reihe Landesrechtlicher Vorschriften unberührt gelassen wird. Zweitens aber wird der Einwand hinfällig, wenn man dem Begriff des deutschen Privatrechts einen weitem Sinn giebt und darunter die Summe der angestammten d. h. der Rechtsätze germanisch-rechtlichen Ursprunges im Gegensatz zu den Rechtsätzen, deren Wurzel eine erkennbar römisch-rechtliche ist, versteht, wie z. B. das schweizerische Obligationenrecht, der neue Entwurf des schweizerischen Privatrechts, das österreichische B. G. B. und vor Allem auch das deutsche B. G. B. nicht wenige Rechtsätze enthalten, deren Basis eine rein deutsch-rechtliche ist. Drittens

\*) Vgl. meine Schrift: „Zukünftige Aufgaben“ 2c. S. 26.

aber ist das deutsche B. G. B. — soweit es nicht auf gemeinem Recht beruht — hinsichtlich derjenigen Bestimmungen, die auf angestammtem deutschen Recht basieren, im Grunde genommen eine Zusammenfassung und Verschmelzung alles dessen, was den frühern Gesetzbüchern der deutschen Bundesstaaten vom gemein deutschen Rechte im Gegensatz zum gemeinen Recht, abgesehen von geringen statutarischen Abweichungen, wesentlich gemeinsam war. Kann man demnach also auch heute noch von einem deutschen Privatrecht sprechen, so auch von einer Subsidiarität desselben in den Ostseeprovinzen. —

Das alles auf unsere Kodifikation vom J. 1864 angewandt ergiebt den Satz, daß gerade deshalb, weil der Th. III des Prov. R. s auf gemeinem Recht\*), in zweiter Linie auch auf deutschem Privatrecht beruht, aus diesen Rechten vorzugsweise geschöpft und hervorgegangen ist, die Erläuterung und Ergänzung desselben, die Ausfüllung etwaig sich ergebender Unvollständigkeiten und Lücken eben auch nur an der Hand des gemeinen und deutschen Rechts erfolgen können, die als die alleinigen subsidiären Rechtsquellen der Kodifikation erscheinen. Weder die Kodifikation v. J. 1864 noch die Justiznovelle v. J. 1889 noch sonst ein Gesetz haben diese Subsidiarität außer Kraft gesetzt und in keinem Fall darf man behaupten, die subsidiäre Anwendung des deutschen und gemeinen Rechts sei etwa durch die Kodifikation v. J. 1864, die alles endgültig entschieden hätte, überflüssig geworden. Ja, man kann sogar noch einen Schritt weiter gehen und behaupten: auch das deutsche B. G. B. kann, da seine Grundlage, wie gesagt, vom römischen und gemeinen deutschen Privatrecht gebildet wird, mitunter als Subsidiarrecht des baltischen, im Th. III des Prov. R. s enthaltenen Privatrechts verwandt werden, nämlich besonders in solchen Fällen, wo es sich um ein Rechtsinstitut handelt, das mit dem entsprechenden Institut des baltischen Rechts innerlich verwandt ist und sich im Ganzen gleichartig entwickelt hat, wie das z. B. mit der Reallast, der Regel: „Hand muß Hand wahren“ der Gütergemeinschaft der Ehegatten, den gegenseitigen Testamenten, den Erbeinsetzungsverträgen zc. der Fall ist. Dem überhaupt muß man immer wieder an dem Satz festhalten, daß mit der fortschreitenden Entwicklung des Mutterrechts auch das Tochterrecht sich organisch weiterentwickelt. In dem Maße, wie dasjenige Recht, aus welchem das betreffende Subsidiarrecht genommen ist, organisch wächst und sich

\*) Das zeigt sich auch schon darin, daß die Kodifikation eine ganze Reihe damals herrschender und zum Theil noch heute nicht ausgetragener Kontroversen entschieden hat.

Vgl. namentl. Кассо: „Г. Ф. фонъ Бунге и остзейское гражданское право“ С. 6, 8, 9, 14, 6 u. passim.

weiter ausgestaltet, in eben demselben Maße muß das mit dem ergänzungsbedürftigen Recht selbst der Fall sein, natürlich aber nur im Fall einer etwaigen, nicht anders als durch Anwendung des Subsidiarrechts zu beseitigenden Lücke. In der That kann es zuweilen sein, daß z. B. das deutsche B. G. B. hinsichtlich eines auch dem baltischen Recht bekannten Rechtsinstitutes einen Satz aufstellt, der sich nur als logische Konsequenz aus einer schon vorhandenen Rechtsnorm darstellt oder als eine Neuschaffung erscheint, die durch Verhältnisse und Lebensbedingungen hervorgerufen ist, welche im Großen und Ganzen hier wie dort dieselben sind und die Aufstellung dieses neuen Satzes oder seiner bloßen Folgerung hier ebenso wie dort wünschenswerth oder sozialökonomisch sogar nothwendig erscheinen lassen

Darum ist es geboten, daß das ostseeprovinzielle Privatrecht — das ja wie das Recht überhaupt als organisches Gebilde in seinem Wachsthum keineswegs aufewig stillstehen, sondern vielmehr, wenn auch allmählig, in seiner Entwicklung fortschreiten muß — die Weitergestaltung eines jeden als Subsidiarrecht dienenden Rechts stets im Auge behält, dieselbe aufmerksam verfolgt und — wo es möglich — mit derselben gleichen Schritt hält. — Wenn wir das mit besonderer Bezugnahme auf das deutsche B. G. B. gesagt haben, so können wir uns allerdings darauf gefaßt machen, in gewissen, politischen Hekereien leicht zugänglichen Kreisen Aergerniß zu erregen, etwa als Volksverräther mit separatistischen Gelüsten bezeichnet zu werden, man wird namentlich von slawophiler Seite vielleicht mit dem Finger auf uns zeigen und uns ein: „Hic niger est“ zurufen. Allein das darf den, welchem es nur um Erforschung wissenschaftlicher Wahrheit zu thun ist, nicht anfechten. Die Wissenschaft als solche hat nur den Weg zu wandeln, der zur Wahrheit führt, ohne sich durch irgend was beirren zu lassen, sie ist sich Selbstzweck.

Es gelten hier eben die Worte, die Regelsberger in B. I seiner „Pandekten“ (1893) § 36 S. 150 ausspricht:

„Ist nachweisbar ausländisches Recht die Quelle eines einheimischen Rechtsatzes, so ist darauf zurückzugehen\*). Aber auch sonst gewinnt die Einsicht in das heimische Recht, wenn der Blick auf die Entwicklung gleicher Rechtseinrichtungen im Ausland gerichtet wird. Hierin liegt der unmittelbare praktische Werth der vergleichenden Rechtswissenschaft“.

\*) Das verkennt Erdmann, System, B. II § 137, S. 153, Note 5, wenn er anläßlich der Darstellung der Lehre des Prov. R. von der Spezifikation den Satz ausspricht, daß eine (in casu nicht einmal anerkannte) Quelle des Gesetzgebers durch die Benutzung nie zur Rechtsquelle werde und selbst als bloßes Interpretationsmittel hinter den vom Gesetzbuch angegebenen Hilfsmitteln zurückstehe, der Gesetzgeber auch durch die thatsächliche Benutzung der Quelle selbst angebe, wieviel von dem fremden Recht zur Anwendung gelangen solle. Denn was ist wohl mehr Rechtsquelle als das, woraus der Gesetzgeber nachgewiesenermaßen geschöpft hat?

Für die Erforschung unseres ostseeprovinziellen Privatrechts sind das jedenfalls sehr beherzigenswerthe Hinweise.

Unsere vorherigen Ausführungen haben — wie ich hoffe — die Wichtigkeit folgender 5 Sätze bewiesen:

1. Das baltische Privatrecht des Th. III des Prov. R. beruht durchweg auf der Grundlage des deutschen und gemeinen Rechts, aus welchen es entstanden und geschöpft ist.

2. Der Th. III des Prov. R. ist nur eine Sammlung und Aufzeichnung des bisher in Geltung gewesenen Privatrechts, eine Modifikation, die in keiner Hinsicht neues Recht schaffen will \*).

3. die Ordnung der Erläuterung und Ergänzung des Th. III ist dieselbe, wie sie vor 1864 hier selbst bestand, und zwar noch heute.

4. Die Regeln, nach denen eine solche Ergänzung oder Erläuterung stattfindet, gehören auch zur Gesamtheit der privatrechtlichen Normen, die bis 1864 in den Ostseeprovinzen galten, sie müssen also gleichfalls noch jetzt in Kraft bleiben.

5. Folglich kann wie früher so auch heutzutage als Subsidiarrecht des baltischen Privatrechts nur das gemeine Recht sowie das deutsche Privatrecht in Frage kommen. Diese sind die einzigen subsidiären, die Anwendung irgend eines andern Subsidiarrechts auch an letzter Stelle von vornherein ausschließenden Rechtsquellen für die Modifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864.

Wenn aber das gemeine und deutsche Recht das alleinige Subsidiarrecht des baltischen Privatrechts bilden, so ergibt sich daraus wieder mit zwingender Nothwendigkeit der andere Satz, daß das russische, in B. X des Swods enthaltene Privatrecht in keinem Fall die Stellung einer subsidiären Rechtsquelle einnehmen kann, so wenig, wie man solches etwa hinsichtlich des schwedischen oder polnischen Rechts behaupten könnte, mögen die Bestimmungen desselben in größerem oder geringerem Umfange auch früher in den Ostseeprovinzen gegolten haben.

Und wie sollte es auch anders sein, wie ist es, angesichts der so ganz von einander abweichenden historischen Entwicklung, die das baltische und das innerrussische Privatrecht genommen haben, und der dadurch bedingten, grundlegenden Verschiedenheit in der Ausgestaltung der einzelnen Rechtsinstitute, auch nur möglich, an eine Ergänzung des auf römisch-deutschtürklicher Basis beruhenden ostseeprovinziellen Privatrechts durch den X. Band zu denken!? Wie soll das Genauere, Entwickelte, Vollkommene durch das Ungenauere, Unentwickelte, Unvollkommene ergänzt oder auch nur erläutert werden können?! Wie kann

---

\*) Vgl. R.affo l. c. S. 14.

wohl ein Recht, das so klaffende Lücken aufweist, wie das russische Reichszivilrecht mit seiner ganz heterogenen Gestaltung der einzelnen Rechtsinstitute, dazu dienen, etwaige Lücken eines verhältnißmäßig so vollkommenen Gesetzbuches, wie es der Th. III des Prov. Rs ist, auszufüllen? Wird Jemand, der eine Steinmauer ausbessern will, hierzu Holzmaterial verwenden, sondern ihre Lücken nicht vielmehr mit demselben Material ausfüllen, aus welchem die auszubessernde Mauer selbst besteht? Wer dürfte sich wohl dazu hergeben, ein so elender, kümperhafter Baumeister zu sein, daß er ein Werk aufführt, das zuverlässig bald ins Wanken gerathen muß?!

Das Alles sind Fragen, auf die man bei den Vertretern der zweiten Ansicht vergebens Antwort sucht, eben weil ihnen eine wirklich stichhaltige Antwort abzugeben einfach unmöglich ist. Und in der That: man kann sich lebhaft vorstellen, zu welchen Absurditäten es führen würde, wenn man die Bestimmungen des baltischen Rechts über Besitz und Eigenthum, über den Erwerb und Verlust beider, über die Regel: „Hand muß Hand wahren“, die Reallasten und das Grundzinsrecht, über Pfandrecht, Servituten, Näherrecht\*), Depositum, Mutuum, Mandatum und Prefarium, über die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach livländischem Stadtrecht, über Erbverträge, Einkindschaftsverträge, über Erbfolge und Legat, wenn man, sage ich, den Versuch machen wollte, diese Bestimmungen nicht mehr aus den Grundsätzen des deutschen oder gemeinen Rechts abzuleiten und durch sie zu ergänzen und zu erklären, sondern sie mit den wesentlich davon verschiedenen Prinzipien eines ganz andern Rechts, wie z. B. dem des X. Bandes in Zusammenhang zu bringen suchte\*\*), dem viele der erwähnten Rechtsinstitute überhaupt unbekannt sind. Die Grundsätze des baltischen Rechts über die Erbgüter, die adligen Familienfideikomisse, den Dienstvertrag sind ganz anders geartet und beruhen auf ganz anderen Fundamentalsprinzipien wie im Reichszivilrecht, dank ihrer ganz verschiedenen historischen Entwicklung. Letzteres kann daher eher nimmermehr als Subsidiarrecht dienen, so wenig wie etwa das schwedische, polnische oder das Recht des Code, wiewohl man in frühern Zeiten vorübergehend, obschon vergeblich, eine Anwendung des

\*) Ueber den Unterschied des baltischen Näherrechts von dem Recht der Einlösung des Erbgutes nach russischem Reichsrecht (B. X des Swob) und die Unmöglichkeit der subsidiären Anwendung des russ. Rechts in dieser Frage vgl. namentl. Blaesé, l. c. § 80, S. 107 ff.

\*\*) Vgl. Erdmann in B. X der Dorpater Zeitschrift S. 214. — Schon in der älteren Literatur des Prov. Rs (d. h. der vor 1864) war auf diese Verschiedenheit des russischen Rechts hingewiesen worden, so z. B. von Bunge in der ztt. Rezension, vgl. die v. Samson'sche Antikritik S. 113, ohne daß im Einzelnen die richtigen Konsequenzen hieraus gezogen wurden.

schwedischen, auch wohl des polnischen Rechts, in größerem Maßstabe versucht hat, heutzutage als Subsidiarrecht des ostseeprovinziellen Rechts verwandt werden können. So ist es z. B. nach Reichszivilrecht Art. 2214 nicht gestattet, einen persönlichen Dienstvertrag auf längerer Zeit als auf 5 Jahre abzuschließen, und nach Art. 1692 dürfen Pacht- resp. Mietkontrakte nicht auf eine längere Zeit als 12 Jahre eingegangen werden. Jede dem zuwiderlaufende vertragliche Abmachung wäre daher von dem Standpunkt des X. Bandes aus betrachtet nichtig oder berechtigt doch jedenfalls beide Kontrahenten zur schadensersatzfreien Auflösung des Vertrages nach Ablauf dieser 5 oder 12 Jahre. Das baltische Recht kennt diese Zeitgrenze nicht.

Durchgreifender ist der Unterschied im Intestaterbrecht, und zwar besonders dem Erblassensystem. Das baltische Recht läßt Ascendenten gleich nach den Descendenten in der zweiten Intestaterbklasse erben und beruft erst beim Nichtvorhandensein von Ascendenten die Kollateralerben zur Intestaterbfolge\*). Das innerrussische Privatrecht ruft die Seitenverwandten d. h. vor Allem die Brüder und ihre Nachkommenschaft, welche die Schwester stets ausschließen, vor den Ascendenten, schließt also letztere beim Vorhandensein der ersteren von der Erbfolge aus\*\*). Und noch schärfer ist der Unterschied beider Gesetzbücher von einander in der Erbfolge der Ehegatten. Nach russischem Reichszivilrecht erhält die legitime Wittve des Verstorbenen — einerlei ob sie mit oder ohne Kinder hinterbleibt — den siebenten Theil von dem etwa hinterlassenen Immobil und den vierten Theil der Mobilien\*\*\*). Allein dieses Recht erleidet eine bedeutende Einschränkung dadurch, daß, solange es sich beispielsweise um wohl erworbene, also nicht ererbte Immobilien handelt, der Eigenthümer derselben sowohl bei Lebzeiten als auch von Todes wegen anderweitig über dieselben verfügen und so dem andern Gatten den ihm sonst gebührenden Theil (указная часть) einfach entziehen kann\*\*\*\*).

Im Gegensatz hierzu haben andere Gesetzgebungen, wie insbesondere der Code, das deutsche B. G. B., insbesondere aber die Modifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 — dem innigen, auf gegenseitiger Liebe gegründeten Verhältniß der ehelichen Lebensgemeinschaft Rechnung

\*) Vgl. Artt. 1880 B. 2 u. 1882 Th. III des Prob. Rg.

\*\*) Vgl. Artt. 1134, 1137 u. 1141 B. X des Swods der Reichsgesetze.

\*\*\*\*) Vgl. Art. 1148 B. X des Swods.

\*\*\*\*\*) Vgl. Art. 1148 gzt. Шершеневичъ, Учебникъ русск. гражд. права



tragend — dem\*) Ehegatten ein weitgehendes Intestaterbrecht am Vermögen des verstorbenen Gatten eingeräumt. Die mehr oder minder ausgedehnte mundiale Herrschaft des Mannes über das Gut der Frau\*\*), die sich im livländischen Stadtrecht sogar bis zur rücksichtslosen Haftung des Frauengutes für die ehemännlichen Schulden versteigt, die Existenz der Gütergemeinschaft im livländischen Stadtrecht, die durch das Band der Familie bedingte Fortsetzung der Gütergemeinschaft\*\*\*) nach dem Tode des einen Gatten, namentlich des Ehemanns, das Alles mußte natürlich auf die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten von tiefgreifendem Einfluß sein. Denn abgesehen von dem nach dem Tode beispielsweise des Mannes zunächst nach den Landrechten eintretenden Zurückfallen der von der Ehefrau ihrerzeit in die Ehe eingebrachten Vermögensstücke oder der ihr an Stelle dessen je nach ihrer Wahl gewährten anderweitigen Vermögensvorteile mußte natürlich die Wittve ein Entgelt für diejenigen Vorteile erhalten, die der Ehemann bei seinen Lebzeiten kraft seines Mundiums an dem in seiner Herrschaft befindlichen Frauengut genossen hatte, umso mehr, als dieser Genuß unter Umständen eine Abnutzung resp. vermöge der Haftung für die Manneschulden eine Verringerung erfahren konnte. Die Gewährung eines solchen Entgeltes findet im Prov. R. eine verschiedene Ausdrucksform, je nach dem ob, wie nach livländischem Stadtrecht, zu Lebzeiten beider Ehegatten volle Gütergemeinschaft besteht oder ob, wie nach Landrecht, Gütertrennung oder doch jedenfalls keine Haftung des Frauengutes für die Manneschulden stattfindet. Dementsprechend sehen wir z. B. im livländischen Stadtrecht, daß die hinterbleibende Wittve oder der Wittwer, falls sie die Gütergemeinschaft, zu deren Auflösung sie Niemand, auch nicht der vereinigte Wille aller etwa vorhandenen Kinder zu zwingen vermag, nach dem Tode des andern Gatten nicht mehr fortsetzen, sondern zur Theilung schreiten, mit den Kindern an der Erbschaft des verstorbenen Ehegatten partizipieren\*\*\*\*). Und zwar erhält der Wittwer, wenn er nur mit einem Kinde konkurriert, zwei Drittel, das Kind nur ein Drittel, die Wittve in demselben Falle die Hälfte. Beim Vorhandensein von zwei oder mehr Kindern bekommt die Mutter ein Drittel, die Kinder zusammen zwei Drittel, der Vater die Hälfte, die Kinder die andere Hälfte†).

\*) So auch Шершеневичъ, Учебникъ С. 706.

\*\*) Vgl. Erdmann: Das Güterrecht der Ehegatten nach dem Provinzialrecht Liv-, Esth- und Kurlands (1872) S. 170 ff.

\*\*\*). Vgl. Erdmann l. c.

\*\*\*\*). Vgl. Artt. 1822 u. 1823 Th. III des Prov. R.

†) Vgl. Artt. 1830 u. 1831 Th. III des Prov. R.

Nach esthländischem Stadtrecht erhält die unbeerbte Wittwe (d. h. die kein Kind in der Ehe geboren hat) kraft Erbrechts die Hälfte des ehemännlichen Nachlasses\*), der Wittwer die Hälfte des eingebrachten Gutes und die Hälfte des sonstigen Nachlasses. Bei beerbter Ehe erbt der überlebende Ehegatte — falls eine unvollkommene Theilung\*\*), eine sogenannte Aussage, keine Absonderung\*\*\*) stattfindet, d. h. wenn nur der Nachlaß des verstorbenen Gatten zur Theilung gelangt — zusammen mit den Kindern zu gleichen Theilen\*\*\*\*), vorausgesetzt natürlich, daß die Hinterbliebenen es nicht vorziehen, im ungetheilten Nachlasse sitzen zu bleiben†).

Was die Erbfolge der zur libländischen Landgeistlichkeit gehörenden Ehegatten anbelangt, so theilt bei unbeerbter Ehe der überlebende Gatte mit den Blutsverwandten des Verstorbenen die Gesamtmasse zur Hälfte. Außerdem erhält er als Voraus das Mobiliar, soweit es seinem persönlichen Gebrauch diene††). Bei beerbter Ehe nimmt der überlebende Gatte — wenn er die frühere Gütergemeinschaft, zu deren Auflösung er nur bei Eingehung einer neuen Ehe gezwungen werden kann, nicht fortsetzen will — gleichfalls als Voraus die zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmt gewesenen Mobilen und von der gesamtübrigen Masse, gleichviel aus welchen Bestandtheilen sie besteht und von wem sie eingebracht ist, die eine Hälfte, während die andere den Kindern zufällt†††).

Nach furländischem Recht hat die beerbte Wittwe den Genuß der gesamten Einkünfte des vom Ehemann hinterlassenen Vermögens während eines Jahres, namentlich die Jahreszinsen von den Kapitalien und den Jahresertrag von den Gütern††††). Auch kann sie, wenn die Kinder minderjährig sind, in der ungeschmälernten rechenchaftslosen Verwaltung und Nutznießung des ehemännlichen Nachlasses verbleiben†††††). Gezwungen wird sie zur Theilung und Rechenchaftsablegung, wenn sie eine neue Ehe eingeht, wenn die Kinder großjährig werden und die Theilung verlangen††††††). Gehörte die beerbte Wittwe zum indigenen Adel, so hat sie die Wahl zwischen einem

---

\*) Vgl. Art. 1838 Th. III des Prov. Rs.

\*\*) Vgl. Art. 1858 Th. III des Prov. Rs.

\*\*\*) Vgl. Art. 1858 l. c.

\*\*\*\*) Vgl. Art. 1863 Th. III des Prov. Rs.

†) Vgl. Artt. 1845—1856 Th. III des Prov. Rs.

††) Vgl. Art. 1813 Th. III des Prov. Rs.

†††) Vgl. Artt. 1805 u. 1808.

††††) Vgl. Art. 1770.

†††††) Vgl. Artt. 1772 u. 1775.

††††††) Vgl. Art. 1775.

Tochtertheil oder der lebenslänglichen Leibzucht (Leibgedinge) in Gestalt der doppelten Zinsen des von ihr Eingebrachten oder dem Eingebrachten selbst, unter Vorwegnahme ihres Sondergutes\*). Hatte sie nichts in die Ehe gebracht, so gebührt ihr nur ein Tochtertheil am ehemännlichen Nachlasse\*\*).

Außerdem erhält die indigenatsadlige Wittve in jedem Falle den zehnten Theil des im Hause des Mannes befindlichen Geldes, abzüglich etwaiger Schulden, und einen Kindestheil an dem zum Nachlaß gehörigen Vieh und Hausgeräth\*\*\*).

Gehörte die Wittve nicht zum Indigenatsadel, so hat sie zwar keinen Anspruch auf Leibgeding, auf den Kindestheil am Vieh und Hausgeräth und auf den zehnten Theil des im Hause des Mannes befindlichen Geldes, wohl aber auf einen Kopftheil, wenn sie mit Söhnen und Töchtern konkurriert\*\*\*\*), und außerdem hat sie hinsichtlich des Wittwenjahres 2c. dieselben Rechte wie die indigenatsadlige Wittve. Der unbeerbten Wittve fällt nach Ablauf des Wittwenjahres — nachdem sie ihr Eingebrachtes vorausgenommen hat — die eine Hälfte des gesamten ehemännlichen Nachlasses abzüglich der Schulden zu, wogegen die andere Hälfte den Blutsverwandten des Mannes gebührt†). —

Nach Biltenschem Landrecht hat die beerbte Wittve den Nebenbengenuß des ganzen ehemännlichen Nachlasses zusammen mit ihren Kindern und kann vor Ablauf des Wittwenjahres in keinem Fall, auch bei Großjährigkeit der Kinder, zur Theilung gezwungen werden. Wenn aber die großjährig gewordenen Kinder es verlangen, die Wittve selbst die Theilung will, oder wenn sie eine neue Ehe eingeht, so muß sie sich mit den Kindern gleich abtheilen. Ist ersteres der Fall, so findet die Theilung dergestalt statt, daß sie einen Kindestheil an den Landgütern, allein nur als lebenslängliches Leibgeding erhält. Im letzten Fall d. h. bei Eingehung einer neuen Ehe hat sie nur die Wahl zwischen dem lebenslänglichen Genuß eines Kindestheil der Einkünfte der Güter oder den Zinsen eines dementsprechenden Kapitals††). Außerdem behält sie ihren Schmuck und von der fahrenden Habe die Hälfte†††).

\*) Vgl. Artt. 1776 u. 1777.

\*\*) Vgl. Art. 1778.

\*\*\*) Vgl. Art. 1781.

\*\*\*\*) Vgl. Art. 1782.

†) Vgl. Art. 1784.

††) Vgl. Artt. 1791, 1793 u. 1794.

†††) Vgl. Art. 1795. — Was zur fahrenden Habe gehört, darüber vgl. Art. 1745

Die unbeerbte Wittwe hat gleich der beerbten das Wittwenjahr und den Anspruch auf ihren Schmuck und die Hälfte der fahrenden Habe\*). Im Uebrigen wird unterschieden, ob sie etwas in die Ehe gebracht hat oder nicht. Im letzteren Fall soll ihr nach dem Ermessen redlicher Leute eine bestimmte Leibrente ausgesetzt werden, im erstern Fall dagegen die Wahl zwischen den Illaten und dem lebenslänglichen Genuß der doppelten Früchte der Illaten\*\*). —

Der beerbte Wittwer kann nach kurländischem Recht und Piltenschem Landrecht, wenn er will, bis zur Großjährigkeit der Kinder im ungetheilten Nachlaß sitzen bleiben und hat an demselben Genuß und Verwaltung. Will oder muß er theilen, (z. B. wenn die großjährigen Kinder es verlangen oder er zu einer neuen Ehe schreitet), so gebührt ihm ein Kindesheil am Nachlaß\*\*\*). —

Der unbeerbte Wittwer hat das Trauerjahr (gerechnet vom Tode der Ehefrau) und nach Ablauf desselben den Anspruch auf die eine Hälfte des ehedemlichen Nachlasses, dessen andere Hälfte den nächsten Blutsverwandten der Frau zufällt\*\*\*\*). —

Diese Uebersicht über die gegenseitige Intestaterbfolge der Ehegatten nach baltischem Recht macht natürlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie verfolgt lediglich den Zweck, die gänzlich verschiedene Gestaltung des ehelichen Intestaterbrechts des baltischen und des innerrussischen Privatrechts vor Augen zu führen und die Unmöglichkeit, ersteres durch letzteres zu ergänzen, ins rechte Licht zu rücken. Denn alle diese Institute wie Gütergemeinschaft und deren Fortsetzung nach dem Tode eines Gatten, das mit Verwaltung und Nießbrauch verbundene Sizenbleiben im Nachlaß etc., der Unterschied zwischen beerbten und unbeerbten Wittwen sind dem B. X gänzlich fremd. Und in dem Maße, wie das innerrussische Recht an dem starren Prinzip der Gütertrennung während bestehender Ehe festhält, ohne dem Mann am Frauengut irgend welche weitergehenden Befugnisse zu gewähren, war es auch ganz natürlich, daß für eine so ausgedehnte Berücksichtigung des überlebenden Gatten in der Intestaterbfolge, oder gar für ein Konkurriren mit den Kindern im Reichsrecht naturgemäß kein Platz sein†) konnte. — Gerade am ehelichen Güterrecht läßt sich die zwischen

\*) Bgl. Artt. 1746 u. 1749.

\*\*) Bgl. Art. 1747.

\*\*\*) Bgl. Artt. 1788 u. 1800.

\*\*\*\*) Bgl. Artt. 1789 u. 1790.

†) Die in Art. 1141 B. X des Schweds den Eltern am Nachlaß ihrer ohne Nachkommenschaft verstorbenen Kinder gewährte lebenslängliche Nutznießung ist auch nicht etwa mit der fortgesetzten Gütergemeinschaft des baltischen Rechts oder mit dem

dem Reichszivilrecht und dem baltischen Recht bestehende Differenz, die ganz heterogene Gestaltung beider Gesetzbücher am deutlichsten zum Ausdruck bringen und eben deshalb ist gerade dieses Gebiet des baltischen Rechts als Beispiel angeführt und etwas näher beleuchtet worden. Dasselbe für die übrigen, vorhin erwähnten Rechtsinstitute zu thun, würde den Rahmen vorliegender Abhandlung bei Weitem überschreiten. Man könnte darüber einen eigenen starken Band schreiben. — Auf jeden Fall aber ist es schon jetzt feststehend, daß wie in diesem Beispiel, so überhaupt jeder Versuch, das russische Reichszivilrecht als Subdiarrecht des baltischen Rechts einzuschmuggeln, vollständiges Flasko erleiden muß und deshalb sein Scheitern von vornherein besiegelt ist. —

Es war vorhin unter Anderm der Satz ausgesprochen worden, daß wenn die Quelle irgend eines einheimischen Rechtsfakes ausländisches Recht sei, auf dieses zurückgegangen werden müsse, und ferner, daß sofern das einheimische Gesetzbuch — und so besonders auch unsere Kodifikation vom J. 1864 — sich gegebenenfalls auf fremdes, nicht einheimisches Recht berufe und diese Berufung nach Art des III. Theils seinen Ausdruck in der Quellenangabe zu dem betreffenden Gesetzartikel finde, diese Quelle zu Rathe gezogen werden müsse. In wie großem Maßstabe das hinsichtlich des römischen und deutschen Rechts — diesen vorzugsweisen Fundamenten des baltischen Privatrechtskodex — gilt, haben wir schon zu wiederholten Malen gezeigt. Nun finden sich aber in letzterem einzelne Spuren einer Einwirkung des alten schwedischen Rechts und dementsprechend sind unter den Quellenangaben — allerdings nur vereinzelter Artikel — auch Zitate aus diesem älteren schwedischen Recht. Ich erinnere hier an die auf schwedischem Recht beruhende Erbfolge der zur livländischen und esthländischen Landgeistlichkeit gehörenden Ehegatten, deren Grundlagen das königlich-schwedische Priesterprivilegium vom J. 1675 und der Stadtlag sind\*), sowie an das Zinsenrecht, das allerdings nur in einem der davon handelnden Artikel, nämlich Art. 3430, der von dem Recht des Gläubigers, von den rückständigen Zinsen wieder Zinsen zu berechnen, handelt, den Einfluß des schwedischen Rechts, das hier rezipiert ist, verräth\*\*). Es sind aber das — wie gesagt —

---

vorläufigen mit Genuß und Verwaltung verbundenen Sittenbleiben des überlebenden Gatten im Nachlaß des verstorbenen Gatten zu verwechseln und beruht überhaupt auf ganz anderer Grundlage.

\*) Cfr. Artt. 1805—1818.

\*\*) Dieses auf die königlich-schwedische Erklärung vom 20. Juni 1683 basierte Recht hat der Gläubiger in zwei Fällen, erstens, wenn über die rückständigen Zinsen eine besondere Schuldbeschreibung ausgestellt wird, und zweitens, wenn unter Vernichtung des frühern Schuldbriefes über Kapital- und Zinsenrückstand eine neue Schuldbeschreibung ausgestellt wird. — Im Uebrigen beruht die Zinsenlehre der Kodifikation v. J. 1864 zum

nur vereinzelte Bestimmungen und in größerem Umfange ist schwedisches Recht in den Ostseeprovinzen niemals heimisch geworden. Zwar hat es zur Zeit der schwedischen Herrschaft in Liv- und Esthland nicht an Versuchen gefehlt, dem schwedischen Landrecht hier selbst allgemeinen Eingang zu verschaffen und dasselbe an Stelle des römischen und deutschen Rechts als Subsidiarrecht einzuführen. Allein alle diese Versuche sind ebenso mißglückt\*), wie das mit dem polnischen Recht zur Zeit der polnischen Herrschaft in den Ostseeprovinzen der Fall war. Vieles hat sich niemals dauernd bei uns einzubürgern vermocht, so z. B. im Verjährungsrecht die zwanzigjährige Verjährung des schwedischen Rechts bei Schuldforderungen\*\*), die wohl schon am Anfang des 19. Jahrhunderts in den baltischen Provinzen nicht mehr gegolten haben mag.

Anderes ist zwar rezipiert worden, allein in überarbeitetem Zustande und nicht mehr in seiner früheren Reinheit. Auch die schwedischen Zinsplakate vom 14. November 1666 und vom 16. Dezember 1687 haben wohl nicht einen so weitgreifenden Einfluß auf das einheimische Zinsenrecht ausgeübt, wie

---

größten Theil auf römischem Recht, wozu späterhin ein besonderes Gesetz, das Buchergesetz vom 24. Mai 1893 kam, das den Bucherzins erst bei einem 12% übersteigenden Zinsfuß beginnen läßt.

\*) Vgl. Bunge „Wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und Kurlands“ 2c. u. in seiner Schrift: „Das Römische Recht“ 2c., S. 18 u. 19, Gwera: „Des Herzogthums Esthens Ritter- und Landrechte“ (Dorpat, 1821), Einleitung S. VIII, Mada: „Die schwedischen Zinsplakate, in den Erört. B. I, S. 393, v. Tiefenhausen in der ztt. Schrift S. 5 u. v. Samson in seiner ztt. gegen Bunge gerichteten Antikritik S. 34. Dagegen Nielsen: Versuche einer Darstellung des Erbfolge-Rechts in Livland, der auf S. 5 in der ersten Note das schwedische Landrecht schlechtweg zu den anwendbaren Hilfsrechten zählt. Nehmlich wohl auch Bunge: Wie u. nach welchen Regeln 2c. S. 6, der das schwedische Landrecht in Livland angewandt wissen will. Vgl. dagegen Bunge in seiner Schrift: „Wie kann der Rechtszustand 2c.“ S. 16 ff. u. in seinem Liv- u. esthl. Priv. R. B. I § 7 S. 12 ff. u. § 10 S. 17 f., woselbst als einer der Hauptgründe für die Nichtaufnahme des allgemeinen schwedischen Landrechts in Esthland das Zustandekommen des esthländischen Ritter- und Landrechts von Krusenstjerna genannt wird. Bunge hat somit in diesen Werken seine frühere, namentlich auch in seiner mehrfach zitierten Rezension des Samson v. Himmelstjernaschen Werkes: das livländische Erbschafts- und Netherrecht S. 90 ausgesprochene Ansicht, als ob in Livland das allgemeine schwedische Landrecht in der That zur Geltung gelangt, also wirklich in größerem Maßstabe eingeführt worden sei, nachher wieder zurückgenommen. Uebrigens hat die Praxis vielfach zu einer allgemeinen Anwendung solcher dem einheimischen Recht fremden, ja ihr oft widersprechenden schwedischen Gesetze geneigt, wie sich namentlich auch der Grundsatz auszubilden begann, daß die Noten zur deutschen Ausgabe des schwedischen Landrechts (Landlagh) v. J. 1709 hier anwendbar gewesen wären, vgl. die Bunge'sche Rezension, S. 91, die Samson'sche Antikritik, S. 30 ff. u. Bunge's Schrift: Wie kann der Rechtszustand Liv- Esth- und Kurlands am Zweckmäßigsten gestaltet werden? (Dorpat, 1833, S. 17).

\*\*) Vgl. meine Klagenverjährung B. I S. 71.

Madai (Grört. B. I S. 394 ff.) das annimmt. Jedenfalls ist die Zinsenlehre, wie sie der Provinzialkoder enthält, in der Hauptsache auf römischem resp. gemeinem Recht aufgebaut\*), mit Ausnahme jenes einen Artikels, von dem vorher die Rede war. Jedoch ist wenigstens für die ersten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts Madai\*\*), mit dem Bunge übereinstimmt\*\*\*), immerhin darin Recht zu geben, daß eine Rezeption des römischen Rechts hinsichtlich der Fälle, wo letzteres gesetzliche Zinsen statuiert, hier nicht stattgefunden hat, so daß wir es in diesem Falle allerdings mit einer der Neuerungen zu thun haben, wie sie in der Kodifikation sonst überaus selten vorzukommen pflegen. Das Wenige aber, was vom schwedischen Recht wirklich in die Kodifikation v. J. 1864 übergegangen ist und sich erhalten hat, wie z. B. die Erbfolge der zur liv- und esthländischen Landgeistlichkeit gehörenden Ehegatten, die Instruktion für die Waisenherrn in Livland vom 5. September 1647, die königlich-schwedische Vormünderordnung vom 17. März 1664, die Dienstbotenverordnung vom 23. Nov. 1686, die schwedische Testamentsstadga vom 3. Juli 1686 und einige andere weniger wichtige Fälle, ist eben dank dieser Rezeption seinerseits baltisches Recht, also integrierender Bestandtheil des Provinzialkoder geworden. Allein der Umstand, daß die Kodifikation einzelne Bestimmungen älterer schwedischer Rechtsquellen aufgenommen hat und sich in den entsprechenden Artikeln auf dieselben ausdrücklich beruft, berechtigt noch nicht zur Folgerung einer allgemeinen Geltung des schwedischen Rechts in den Ostseeprovinzen für die Zeit des 17. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts. Es wäre das gewiß ebenso unzulässig und gegen alle Grundsätze, wie die Behauptung, daß schwedisches Recht sei aus eben jenem Grunde in irgend einer Zeitperiode hier selbst geltendes Subsidiarrecht gewesen oder nehme sogar nach Erscheinen der Kodifikation und bis in die Jetztzeit hinein eine solche Stellung ein. Das Höchste, was man zugeben kann, ist, daß nöthigenfalls zu Zwecken der Erläuterung auf die Quellenzitate aus dem schwedischen Recht zurückgegangen werden muß. Subsidiäre Rechtsquelle, ein wirkliches Hilfsrecht — wir wiederholen es — ist das schwedische Recht in den Ostseeprovinzen zu keiner Zeit gewesen\*\*\*\*)

\*) Das zeigt schon ein flüchtiger Blick auf das Quellenverzeichnis der offiziellen deutschen Ausgabe des Th. III, vom J. 1864, S. 5—122, von denen nur 12 Seiten Quellenzitate aus dem schwedischen und russischen Recht enthalten, während 76 Seiten auf Zitate aus dem corpus juris civilis entfallen.

\*\*) Vgl. Grört. B. I, S. 414—418.

\*\*\*) Bunge, liv- u. esthl. Priv. R. B. I § 201, S. 451, Note b.

\*\*\*\*) Helmersen: Abhandlungen aus dem Gebiete des Adelsrechts, Bief. 1, S. 17, Madai: Die schwedischen Zinsplakate, in den Grört. B. I S. 393.

und ist es auch jetzt nicht, auch schon aus dem Grunde, weil sich ja das schwedische Privatrecht seit dem 17. Jahrhundert ganz anders gestaltet und jeglichen innern Zusammenhang mit dem baltischen Recht verloren hat. Weder die Praxis noch das Gewohnheitsrecht haben je das schwedische allgemeine Recht, sei es vor, sei es nach der Generalkapitulation vom 4. Juli 1710, zu einem subsidiären Recht gestempelt und bei seiner Unterwerfung unter das russische Szepter im J. 1710 bedang sich die livländische Ritterschaft im §. 10 der Kapitulation nur die Aufrechterhaltung der alten, angestammten Ritterrechte und den subsidiären Gebrauch der „gemeinen deutschen Rechte“ aus, während vom schwedischen Recht, dessen Aufdrängung den Livländern verhaßt war, garnicht einmal die Rede ist. Letzteres wird geradezu geffentlich ignoriert\*). Abfichtlich suchte eben die Ritterschaft durch Nichterwähnung des schwedischen Rechts auch jede Restwirkung des ihr meist aufgedrungenen und dem angestammten Rechte vielfach widersprechenden fremdstämmigen Rechts von sich abzuschütteln\*\*). — Also weder Gesetz noch Gewohnheit haben das allgemeine schwedische Landrecht je zu dem Range einer subsidiären Rechtsquelle erhoben, wenngleich einige wenige Bestimmungen desselben, wie bereits erwähnt, hier dennoch Eingang fanden. —

Die Gründe, welche im Vorhergehenden gegen die subsidiäre Rechtskraft des schwedischen Landrechts geltendgemacht worden sind, lassen sich im Ganzen auch auf das russische Reichszivilrecht — also den X. Band des Swods — anwenden, womit denn das letzte Bollwerk der die Subsidiarität des russischen Reichszivilrechts vertretenden Ansicht fallen dürfte.

Das russische Privatrecht kann überhaupt nicht Subsidiarrecht des baltischen Privatrechts sein und ist es nie gewesen. Umso verfehlter wäre es daher, die Ausschließlichkeit dieser Subsidiarität aufrecht erhalten zu wollen.

In näherer Ausführung dieser Sätze wäre zu bemerken: Zunächst ist die Thatsache zu konstatieren, daß seit der Zeit, wo die Ostseeprovinzen unter russische Herrschaft kamen, bis in die Gegenwart hinein von der Regierung nie der Versuch gemacht worden ist, dem russischen Zivilrecht hieselbst die Geltung einer subsidiären Rechtsquelle zu verschaffen, und daß auch auf dem Wege des Gewohnheitsrechts, des Gerichtsgebrauchs und der Praxis eine Rezeption russischer

---

\*) Vgl. Helmersen, Abhandlungen S. 3, 13 u. 17—19 u. Bunge: Das Admische Recht, S. 19.

\*\*) So auch Helmersen l. c. S. 3 f.



Rechtsätze privatrechtlicher Natur in größerem Umfang und eine dadurch etwa bedingte Subsidiarität des russischen Reichszivilrechts niemals stattgefunden haben, sogar nicht durch das Justizreformgesetz vom J. 1889, das die Bestimmungen des Th. III des Prov. Rs so gut wie unberührt läßt. Zwar sind einzelne allgemeine, das Privatrecht betreffende Rechtsätze zu Beginn der russischen Herrschaft auf die Ostseeprovinzen kraft Gesetzes ausgedehnt worden und auch in die Kodifikation vom J. 1864 hinübergenommen worden. Allein erstens sind das eben auch nur vereinzelte Fälle, aus denen allein sich eine Subsidiarität des russischen Privatrechts keineswegs ableiten läßt, und zweitens sind diese dem russischen Recht entstammenden Rechtsätze resp. die auf die Ostseeprovinzen ausgedehnten allgemeinen Reichsgesetze eben durch deren Aufnahme seitens der Kodifikation vom J. 1864 gleich den wenigen aus dem schwedischen Recht genommenen Bestimmungen, baltisches Recht geworden. Ein Beispiel für eine solche Ausdehnung allgemeiner Reichsgesetze privatrechtlichen Inhalts läßt sich dem Verjährungsrecht entnehmen. Im Jahre 1787 wurde nämlich durch das Manifest vom 28. Juni die allgemeine für das Zivilrecht geltende Verjährung des russischen Rechts auch auf das liv- und esthländische Privatrecht ausdrücklich ausgedehnt\*). Die Neuierung bezog sich aber nur auf die Länge der Verjährungsfrist, insofern zwar die kürzern als zehnjährigen Verjährungsfristen aufrechterhalten, die längern dagegen auf zehn Jahre reduziert wurden. Alle übrigen Verjährungserfordernisse wie überhaupt alle sonstigen Bestimmungen des Provinzialrechts über die Verjährung sollten dieselben wie bisher bleiben. Um jeden etwa in der Praxis auftauchenden Zweifel von vornherein abzuschneiden, erfolgten noch zwei Gesetze, nämlich das Reichsrathsgutachten vom 22. Dezember 1827 und ein Senatsukaz vom 18. Februar 1807 wodurch mehrere Bestimmungen des russischen Reichsrechts über die Verjährung für in den Ostseeprovinzen für unanwendbar erklärt wurden\*\*). Auch in Kurland wurde durch die Senatsukase vom 27. Februar und 11. August des Jahres 1805 die russische zehnjährige Verjährung eingeführt, was in den Ukasen vom 18. Februar 1807 und dem 21. Juni 1815 dahin erläutert ward, daß dieser zehnjährigen Verjährung alle nach bisherigem kurländischem Recht keiner bestimmten Verjährung unterworfenen, allein von derselben auch nicht ausdrücklich ausgenommenen Fälle unterliegen sollten. Da nun aber gleichzeitig der Ukaz vom 21. Juni 1815 ganz allgemein die Aufrecht-

\*) Vgl. meine Klageverjährung B. I S. 72.

\*\*) Vgl. meine Klageverjährung B. I S. 73.

erhaltung aller kürzeren als zehnjährigen Verjährungsfristen angeordnet hatte, die allgemeine fünfjährige Verjährung des kurländischen Rechts mithin gleichfalls unberührt blieb, so konnte sich in Kurland das russische Recht auch nicht einmal hinsichtlich der Fristlänge behaupten, und deshalb galt die zehnjährige Verjährung nur für das kurländische Bauerrecht und die Prozeßverjährung, wogegen die Wilensche dreißigjährige Verjährungsfrist gewiß schon Ende des 18. Jahrhunderts der allgemeinen fünfjährigen Verjährung der kurländischen Statuten Platz gemacht hatte\*).

Allein die sonstigen Verjährungsnormen blieben auch in Kurland von jenen Gesetzen unangetastet, ja es wurde die Unanwendbarkeit des russischen Verjährungsrechts auf dieselben auch hier ausdrücklich anerkannt. Von einer subsidiären Geltung des russischen Rechts konnte daher in dieser Beziehung so wenig die Rede sein wie in allen übrigen Fällen. Die Regierung hätte sich sonst gewiß nicht gegen die Subsidiarität oder gar die primäre Geltung des sonstigen russischen Verjährungsrechts so nachdrücklich verwahrt, wie sie es in jenen Ufassen gethan hat. Aber auch sonst wurde schon in früheren Zeiten auf diesbezügliche Anfrage hiesiger Behörden seitens der höchsten Reichsbehörden und mittelst Allerhöchster Verordnungen die Nichtanwendbarkeit der allgemeinen russischen Gesetze mehrfach ausgesprochen\*\*).

Nun ist es allerdings wahr, daß die Modifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 eine ganze Reihe von Rechtsfägen direkt aus dem X. Bande des Swods aufgenommen hat, wie aus den diesbezüglichen Quellenzitaten zu den betreffenden Gesetzartikeln deutlich erhellt. Und zwar ist dabei gewöhnlich der Weg der Verweisung d. h. der Hinweisung auf das Reichsgesetz gewählt. Wenngleich nun auch die Fälle, wo dem betreffenden Provinzialrechtsfag das russische Privatrecht zu Grunde liegt, zahlreicher sind als diejenigen Fälle, wo das schwedische Recht die Grundlage des in Rede stehenden Artikels bildet, so sind sie im Vergleich zur Gesamtmasse des übrigen Privatrechts, dessen Fundament römisch-deutschrechtlicher Natur ist, das also hauptsächlich aus der Quelle des römischen und deutschen Rechts fließt, doch so selten, daß sich daraus eine allgemeine Subsidiarität des russischen Privatrechts nicht ableiten läßt. —

Gehen wir nun die hauptsächlichsten und wichtigsten Fälle durch, in welchen eine wirkliche Rezeption des russischen Reichsrechts seitens der Modifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 stattgefunden hat, so sind es, so viel ich sehe, folgende:

\*) Meine Klageverjährung B. I. S. 81.

\*\*) Man vgl. die bei Bunge „Wie kann der Rechtszustand“ 2c. S. 43 angeführten Beispiele.

1. Bei Verträgen über Lieferungen an die Krone ist das russische Privatrecht ausdrücklich vom Gesetzgeber selbst als Rechtsquelle — und zwar gleich hinter den allgemeinen Bestimmungen der Kodifikation über den Lieferungsvertrag (Artt. 4019—4024) Th. III des Prov. R<sup>s</sup> — anerkannt\*). Denn Art. 4024 sagt mit klaren Worten:

„Verträge über Lieferungen an die Krone sind im Allgemeinen nach den vorstehenden (Art. 4020—4023), demnächst aber nach den dafür in den Reichsgesetzen enthaltenen Bestimmungen zu beurtheilen“.

Als einziges Quellenzitat zu diesem Art. findet sich die Verweisung auf B. X der Reichsgesetze (Ausg. v. J. 1857) und zwar auf die Artikel 1768—2011, also auf russisches Privatrecht, das somit in diesem Fall angesichts der Dürftigkeit der übrigen ostseeprovinziellen Rechtsbestimmungen über den Lieferungsvertrag gewissermaßen als Hauptquelle erscheint. Die Artt. 1768—2011 sind nun aber nach der Ausgabe des X. Bandes vom J. 1887 (mit den Fortsetzungen von J. 1890 und 1891) als durch die Anmerkung zu Art. 1737 beseitigt zu betrachten, auf welche in jener Ausgabe verwiesen wird. Die Anmerkung zu Art. 1737 wiederum enthält den kurzen Satz, daß die Kronslieferungsverträge nach dem für dasselbe geltenden Reglement zu beurtheilen seien. Dieses Reglement findet sich aber in B. X und bildet den Schluß desselben. Es enthält in der Ausgabe vom J. 1887 mit den Fortsetzungen vom J. 1890 und 1891 im Ganzen 242 Artikel und hat — wie aus dem Vorhergehenden erhellt — auch in den Ostseeprovinzen Gesetzeskraft, in Grundlage des Art. 4024 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> \*\*).

2. Die Anmerkung zu Art. 734 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> enthält die Bestimmung, daß wenn Jemand eine verlorene Sache findet, die zur Ausstattung einer im Militärdienst stehenden Person gehört, er sofort darüber der nächsten Militärbehörde Mittheilung machen muß. Als Quelle ist Art. 638 des X. Bandes angegeben.

3. Nach Art. 3947 B. 1. Th. III des Prov. R<sup>s</sup> dürfen Sachen, die dem Fiskus oder einer Kronsanstalt gehören, nicht anders als auf

\*) Vgl. Невзоровъ: Конспективное изложение истории и. С. 31.

\*\*) Bröder in seiner Ausgabe unserer Kodifikation vom J. 1902 scheint der Ansicht zu sein, daß hier selbst nur die den frühern Artt. 1768—2011 des X. Bandes entsprechenden Artikel des erwähnten Reglements Geltung hätten. Wenigstens hat er sich (auf S. 733 seiner Ausgabe) die Mühe gemacht, die Artt. 1768—2011 tabellarisch jenen Artikeln des Reglements gegenüberzustellen. Lag diese Voraussetzung beim Verfasser wirklich vor, so scheint sie doch irrtümlich zu sein, denn Artt. 1768—2011 sind ja eben durch das Reglement über die Kronslieferungsverträge ersetzt, sie gelten also jetzt nicht mehr. Nur diejenigen Artt. des Reglements sind unanwendbar die sich mit den Artt. 4020—4023, Th. III des Prov. R<sup>s</sup>, andern Artt. desselben oder mit dem Geist der Kodifikation überhaupt in Widerspruch setzen.

dem Wege der gerichtlichen Versteigerung verkauft werden. Dazu werden als Quellen in erster Reihe die Artt. 1166, 1487 ff. und 1501 ff. des X. Bandes der Reichsgesetze zitiert.

4. Die Anmerkung zu Art. 3645 Th. III des Prov. R. involviert eine auf das russische Reichszivilrecht gestützte Beschränkung des jedem Einzelnen zustehenden Rechts, ihm gehöriges oder seiner Disposition unterliegendes Geld oder andere vertretbare Sachen wem beliebig als Darlehn vorzustrecken, insofern Beamte, die Kronskassen verwalten, resp. deren Frauen und Kinder nicht anders als unter Beobachtung der in Artt. 2048 \*) und 2049 des X. Bandes der Reichsgesetze enthaltenen Vorschriften Darlehn erteilen dürfen d. h. vor Allem die Genehmigung ihrer Vorgesetzten zu einer solchen Darlehnserteilung einholen müssen.

5. Die Bestimmung des Art. 1970 Th. III des Prov. R. stützt sich nur auf das russische Reichszivilrecht. Dem genannten Artikel zufolge soll der erblose Nachlaß, falls keine der in Artt. 1966—1969 Th. III des Prov. R. als erbberichtigt bezeichneten juristischen Personen (also die Universität Jurjew [Dorpat], die Stadt, deren Bürger der Verstorbene war, die Evangelische Brüdergemeinde gegenüber ihren Mitgliedern und endlich die Kirche gegenüber ihren Geistlichen) vorhanden ist, der Krone zufallen und in den Reichsschatz fallen, allein mit der Verpflichtung, Legate und Nachlaßschulden zc. gleich den Erben resp. den an ihre Stelle tretenden juristischen Personen zu entrichten. Die Quellenzitate zu diesem Artikel sind die Artt. 1175—1179, 1252, 1162 und 1167 sowie endlich Art. 1263 des X. Bandes der Reichsgesetze (Ausg. v. J. 1857). Genügt hätte schon eine Berufung auf Artt. 1167 und 1263, die das Erbrecht des Fiskus auf die bona vacantia resp. die damit verbundene Erfüllung der jedem Erben obliegenden Verpflichtungen klar und deutlich aussprechen. Denn von den übrigen Artikeln sind in der Ausgabe vom J. 1887 einige als aufgehoben bezeichnet, so z. B. Artt. 1175 und 1252, während die anderen eine bloß beispielsweise Anwendung des in Art. 1167 bereits ausgesprochenen allgemeinen Prinzips involvieren dürften. Uebrigens ist dieser Fall der Subsidiarität im Vergleich zu den übrigen weniger wichtig, weil auch schon nach gemeinem Recht der Fiskus in die bona vacantia succediert\*\*).

6. Art. 1971 Th. III des Prov. R., der die Erbfolge in Beziehung auf Erzeugnisse der Litteratur und Kunst behandelt, ist fast wörtlich aus Art. 1185 des X. Bandes geschöpft, der auch unter den Quellenziten zu jenem Artikel figuriert.

\*) Dieser Art. verweist übrigens noch auf Art. 718 des X. Bandes.

\*\*) Vgl. statt vieler G ö s s e n Vorl. B. III § 932, C. 372.

Andererseits wird aber in der Anmerkung 2 zu Art. 2525 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> im Gegensatz zu den in Nr. 1—6 aufgezählten Fällen die Unanwendbarkeit des Reichszivilrechts statuiert. Die Artt. 2525—2580 handeln bekanntlich von den adligen Güterfideikommissen. Die gedachte Anmerkung 2 zu Art. 2525 hält es nun für nothwendig, ausdrücklich zu betonen, daß die Bestimmungen des X. Bandes über die Familienfideikomnisse im russischen Reich (Artt. 467—493 und 1192—1213 B. X des Swods) in den Ostseeprovinzen keine Geltung hätten. Dieser Satz erscheint recht überflüssig. Die Redaktoren der Kodifikation vom J. 1864 hätten sich ihn wohl ersparen können. Denn auch ohne denselben wäre es absolut undenkbar, die Grundsätze des X. Bandes über die заповѣдныя имѣнія (Familienfideikomnisse) auf die adligen Familienfideikomnisse des provinziellen Rechts — wenn auch nur subsidiärer — anzuwenden, da die geschichtliche Entwicklung und das Wesen der letztern sich von den der erstern durchaus unterscheiden und für beide ganz verschiedene Grundsätze gelten. Mehr Sinn hätte es gehabt, wenn gesagt worden wäre, die Bestimmungen des X. Bandes über die Majorate (Artt. 494—512) seien auf diejenigen Fideikomnisse des baltischen Rechts, die wegen ihrer Successionsordnung gleichfalls Majorate genannt würden, unanwendbar. Hier wäre wenigstens die Bezeichnung des Rechtsinstituts in beiden Gesetzbüchern die gleiche und da könnte nun die — allerdings auch sehr entfernte — Möglichkeit vorliegen, daß man beide für ein und dasselbe Ding hält und dementsprechend auch auf das Majorat des baltischen Rechts die reichsrechtlichen Bestimmungen über die Majorate anzuwenden versucht, um so mehr, als nach dem auch in den Ostseeprovinzen üblichen Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens für die adligen Güterfamilienfideikomnisse die Bezeichnung „Majorate“ — wiewohl fälschlich\*) — usueell ist. Anstatt dessen wird aber in der Anmerkung 2 zit. zu Art. 2525 nicht auf die von den Majoraten handelnden Artt. 494—512, sondern auf die Artt. 467—493 und 1192—1213 des X. Bandes, die von den заповѣдныя имѣнія handeln, Bezug genommen. Allein auch die erwähnte Bezugnahme auf die Majorate des X. Bandes würde angesichts der Verschiedenartigkeit, die zwischen diesen und den Majoraten des baltischen Rechts besteht, als nutzlose Hervorhebung einer sich von selbst verstehenden Sache erscheinen. — Auf keinen Fall aber darf deshalb aus der gedachten Anmerkung 2 zu Art. 2525 des Prov. R<sup>s</sup> Th. III, die einen offensbaren gesetzgeberischen Fehlgriß, zum Mindesten ein superfluum involviert, die Schlusfol-

\*) Vgl. Art. 2525 Anmerk. u. 2870, Anmerk. 2, Th. III des Prov. R<sup>s</sup>.

gerung gezogen werden, daß die allgemeine Substidiarität des russischen Reichszivilrechts für alle andern Fälle d. h. überall dort, wo es an einer direkten Unwirksamkeitserklärung desselben für die Ostseeprovinzen fehle, damit (d. h. durch die Ann. 2 zu Art. 2525) indirekt und stillschweigend ein für alle mal anerkannt sei. Gerade der Umstand, daß die Anmerkung 2 zu Art. 2525 Th. III des Prov. Rs der einzige Fall ist, in welchem die Modifikation die Unwirksamkeit des russischen Reichsrechts auf provinzialrechtliche Verhältnisse hervorhebt, beweist, wie wenig sie für alle andern Fälle präjudizierend wirken, wie wenig sie — wenn auch nur indirekt — ein allgemeines Prinzip aufstellen will.

7. Aus dem Familienrecht sind die Bestimmungen des Provinzialgesetzbuches über Schließung und Aufhebung der Ehe, soweit es sich um Ehen zwischen Personen Griechisch-orthodoxer Konfession oder um solche zwischen Nichtchristen untereinander handelt, hervorzuheben. Es verweist nämlich Art. 1 Th. III des Prov. Rs für die Schließung und Auflösung der Ehen zwischen Rechtgläubigen auf die Artt. 1—78 des Reichszivilgesetzbuches und Art. 4 *ibid.* für Ehen zwischen Nichtchristen in derselben Beziehung auf Artt. 90—99 des Reichszivilgesetzbuches\*). In beiden Fällen handelt es sich aber entweder um Voraussetzungen der Eheschließung oder nur um reine Formerfordernisse, deren Beobachtung zur Gültigkeit der Eheschließung und -Auflösung unerlässlich\*\*) ist. Im Uebrigen, d. h. soweit es sich nicht um die Bestimmungen über Schließung und Aufhebung der Ehe *zc.* handelt, regelt sich das gesamte Eherecht, vor allem das eheliche Güterrecht auch dieser Personen ausschließlich nach den Artt. 5—129 der Modifikation, also nach spezifisch baltischem Recht.

8. Von lediglich historischem Interesse sind § 944 Abs. 2 der livländischen, Art. 1054 Abs. 2 der esthländischen und § 69 der kurländischen Bauerverordnung. Jede der drei allegierten Gesetzesstellen spricht nämlich den Grundsatz aus, daß die Ehe zwischen einer Bäuerin und einem Leibeigenen nach den allgemeinen Reichsgesetzen be-

---

\*) Vgl. auch namentlich G ü r g e n s: Das Verhältniß des Provinzialgesetzbuchs... *zc.* in B. 13 der balt. Monatsschrift (1866) S. 281.

\*\*) Darnach ist also beispielsweise die 4. Ehe zwischen Orthodoxen oder die Ehe des mehr als achtzigjährigen orthodoxen Greises auch in den Ostseeprovinzen verboten d. h. für ungültig zu erklären, vgl. Artt. 21 B. 4 B. X des Swods der Reichsgesetze. Ueberhaupt sind für die Voraussetzungen der Eheschließung zwischen Personen christlichen Glaubensbekenntnisses oder zwischen diesen und Nichtchristen die kirchengesetzlichen Bestimmungen der einzelnen Konfessionen maßgebend, vgl. E r b m a n n System, B. I. S. 356.

urtheilt werden solle. Da aber die Leibeigenschaft in den baltischen Ostseeprovinzen schon im Anfang des vorigen Jahrhunderts und im übrigen Rußland auch schon 1866 aufgehoben wurde, so haben die gedachten Gesetze heutzutage keine Geltung mehr. —

9. Die privatrechtliche Stellung der Beamtenpension, der Würden, Aemter u. Ehrenabzeichen wird in den Artt. 2645 u. 2665 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> geregelt. Unter diesen Artikeln führt der erste B. I und B. III der Reichsgesetze, der zweite die Reichszivilprozeßordnung als Quellenzitate an.

10. Die Anmerkung 1 zu Art. 3638 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> stützt die daselbst ausgesprochene Unverjährbarkeit der öffentlichen Aufgaben und Leistungen auf Art. 572 B. V der Reichsgesetze.

11. Art. 3012 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> handelt von den bei der Korroboration laut Reichsgesetz zu entrichtenden Steuern. Das Quellenzitat verweist auf den B. V der Reichsgesetze über die Postlinien.

12. Das *beneficium competentiae* der im Dienst stehenden oder pensionierten Beamten wird durch die Zivilprozeßordnung geregelt, wie aus der Anmerkung zu Art. 3526 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> (Fortf. vom J. 1890) hervorgeht.

13. Unter den besonderen Bestimmungen über die Weideseervituten in den kurländischen Kronsförsten verweisen Artt. 1139, 1140 und 1142 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> auf B. VIII Th. 1 des Reichsgesetzbuches, Artt. 402—406.

14. Die provincialrechtlichen Bestimmungen über die Kronarrenden (Artt. 1972—1980 und 1994 Th. III des Prov. R<sup>s</sup>.) sind ausschließlich aus den russischen Reichsgesetzen geschöpft. Als Quelle werden genannt der Namentliche Ukas vom 28. September 1824, der Namentliche Ukas vom 9. November 1837 und die Allerhöchst bestätigte Verordnung vom 12. Juni 1841. Art. 2664 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> der von der Schuldenhaftung des Erben des Benefiziars handelt und letzteren auf ein Drittel der jährlichen Revenüen oder der anstatt dessen gezahlten Gelder der Kronarrende beschränkt, führt als Quellenzitat außerdem noch den B. VIII des Swods Th. 1 Art. 2, Anm. 3. Beil. Art. 19 (Fortf.) an.

15. Anmerkung 2 zu Art. 715 verweist für die Okkupation gestrandeter oder vom Meeresgrunde gehobener Sachen auf die Reichsgesetze. Heutzutage werden hierfür die in B. XI des Swods enthaltenen russischen Handelsgesetze in Frage kommen müssen.

16. Anmerkung 2 zu Art. 3514 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> verweist hinsichtlich der Frage, in welcher Münze Geldschulden zu berichtigen sind, auf die Reichsgesetze und zwar auf das Allerhöchste Manifest vom 1. Juli 1831 und das in B. VII des Reichsgesetzbuches enthaltene Münzreglement.

17. Für die Verpäch tung von Kronsgütern und Kronsgeländen ist laut der Anmerkung 1 zu Art. 4042 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> der die Domänengesetze enthaltende B. VIII der Reichsgesetze geltendes Recht.

18. Betreffs der Handelsgesellschaften wird von der Anmerkung zu Art. 4266 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> auf das allgemeine, also doch wohl russischen Handelsrecht, mithin auf B. XI Th. 2 des Swo<sup>ds</sup> der Reichsgesetze verwiesen.

19. Von der größten praktischen Wichtigkeit ist die unmittelbare Geltung des allgemeinen Eisenbahnustaw<sup>s</sup>, enthalten im B. XII Th. 1 des Swo<sup>ds</sup>, in allen Fragen, bei denen es sich um Ersatz für Schäden und Verluste handelt, die durch Exploitation der Eisenbahnen verursacht worden sind. Daß der allgemeine Eisenbahnustaw wie überhaupt, so besonders in der Schadenersatzfrage auch in den Ostseeprovinzen anzuwenden ist, scheint außer Frage, denn erstens wird seine Geltung allgemein von der Praxis, namentlich auch vom Senat vertreten, und zweitens wird in der Anmerkung 2 zu Art. 3283 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> (Fortf. v. Jahre 1890) für diese Fälle ausdrücklich auf gedachten Eisenbahnustaw als Quelle verwiesen. Jedoch ist immerhin zu beachten, daß der Provinzialkodex eine ganze Reihe von Rechtsnormen über die unerlaubten Handlungen und die verschiedenen Grade der Verschuldung (Artt. 3284—3304) sowie über die Verpflichtung zum Ersatz des etwa zugefügten Schadens (Artt. 3435—3450) enthält.

Die speziellen Schadenersatz- und Haftungsnormen des Eisenbahnreglements werden daher in den Ostseeprovinzen nur insoweit anzuwenden sein, als sie mit den erwähnten provinziellen Rechtsätzen nicht in Widerspruch treten<sup>\*)</sup>. In der speziellen Frage jedoch, wer gegebenenfalls die Verschuldung zu beweisen hat, wenn eine Person bei Gefährdung der Exploitation von Eisenbahnen (oder Dampfschiffen) sein Leben eingebüßt oder an seiner Gesundheit einen Schaden erlitten hat, wird in der Theorie und Praxis ein Vorgehen der besonderen eisenbahn- oder dampfschiffahrtrechtlichen Normen vor den allgemeinen zivilrechtlichen behauptet. Der Kläger — sagt man — brauche nicht die Verschuldung des Unglücksfalles seitens der den Betrieb ausübenden Institutionen zu beweisen, sondern letztere, als die Beklagten, hätten den Beweis zu erbringen, daß der schädigende Erfolg nicht durch ihre Angestellten oder Agenten herbeigeführt worden sei oder daß ihn höhere Gewalt verursacht

---

<sup>\*)</sup> Einige von den in Nr. 1—10 genannten Fällen der Geltung des russischen Reichsrechts in den Ostseeprovinzen sind auch von Erdmann System B. I S. 10 Note 1 und neuerdings wiederholt von Hеааоровъ S. 81 aufgezählt.



habe \*). Die Verschuldung wird also präsumiert. Art. 684 B. X des Swods und Art. 3443 Th. III des Prov. Rz, die von einer solchen Präsumtion nichts wissen, würden demnach den speziellen eisenbahnrechtlichen resp. Dampfschiffahrtsnormen nachstehen \*\*).

Man muß sich dieser Auffassung — obgleich sie nicht unbestritten ist — anschließen, weil sonst jene Spezialnormen des Eisenbahn- resp. Wegekommunikationsustaws auch im innern Rußland, also dem Geltungsgebiete des X. Bandes keine Wirksamkeit beanspruchen, mithin überhaupt ganz unnütz dastehen würden.

20. Keine Verweisung auf spezielle Artikel des X. Bandes der Reichsgesetze, wohl aber auf russisches Reichszivilrecht im Allgemeinen involviert endlich auch Art. XXXIV der Einleitung zum Th. III des Provinzialrechts der Ostseeprovinzen, der den bekannten Satz enthält, daß wenn in Livland zu den Bestandtheilen einer Erbschaft Immobilien gehören, die im Reichsinnern, also dem Geltungsgebiete des X. Bandes des Swods belegen sind, Antritt und Erwerb der Erbschaft, soweit sie sich auf diese Immobilien beziehen, eben nach russischem Reichszivilrecht zu beurtheilen sind\*\*\*). Jedoch verweist immerhin der Art. XXXIV, was die Quellenangabe anbetrifft, auf die Zitate der Anmerkung zu Art. XXVII, nämlich auf das Allerhöchst bestätigte Reichsrathsgutachten vom 3. April 1840 und die Reichsrathsgutachten vom 8. April und vom 5. Juli 1844.

21. Die Artt. 1077—1079 des Reichszivilgesetzbuches (B. X des Swods) enthalten Bestimmungen über die von russischen Unterthanen bei Errichtung von Testamenten im Auslande zu beobachtenden Vorschriften. Dieselben laufen im Wesentlichen darauf hinaus, daß solche Testamente auch dann gültig sind, wenn sie gemäß den Gesetzen des ausländischen Staates abgefaßt wurden, in dessen Gebiet die Testamenterrichtung erfolgte, wobei jedoch als unerläßliches Erforderniß die Vorweisung und Niederlegung des Testaments in der russischen Botschaft oder beim russischen Konsul hingestellt wird. Das muß auch für den in den balti-

---

\*) Vgl. Шершеневичъ, Учебникъ русск. гражд. права С. 559 f. Senatsscheidung v. J. 1893 sub Nr. 87.

\*\*) Vgl. Senatsscheidung vom 4. Februar 1904, vide darüber die Zeitschrift „Судебное обозрѣніе“ Jahrg. 1904 Nr. 10. — Auf Beschädigung und Verlust von Sachen d. h. des Frachtgutes soll sich das nicht beziehen (vgl. Шершеневичъ С. 560), weil jene speziellen Normen Singularrecht sind, die nicht extensiv interpretiert werden dürfen.

\*\*\*) Ebenso wenn es sich um Immobilien handelt, die überhaupt in den Ostseeprovinzen gelegen sind, indem auch hier für den Erbschaftsantritt und -erwerb dieser Immobilien die lex rei sitae maßgebend ist, vgl. Art. XXXIV cit.

schen Provinzen ansässigen russischen Unterthan, der im Auslande ein Testament errichtet hat, gelten. Denn abgesehen davon, daß die Kodifikation genauere Vorschriften über Testamente russischer Unterthanen im Auslande nicht enthält, verweist Art. 1077 ausdrücklich auf den Konsulatsustaw und zwar die Artt. 12 B. 4, 75 und 80 (B. XI Th. 2 des Swods, Ausgabe v. J. 1903), woselbst sich die ausführlicheren Bestimmungen über die dabei zu beobachtenden Formalitäten (z. B. wörtliche Eintragung des Testaments mit allen seinen Unterschriften und Siegeln in ein besonderes hierzu bestimmtes Buch, Aufbewahrung der Originaltestamente in einem zu versiegelnden und kreuzweis zu verschnürenden Rouvert etc.) finden. Der Konsulatsustaw gilt aber zweifellos für alle russischen Unterthanen, also auch für die in den baltischen Ostseeprovinzen ansässigen\*). Mit Art. 1077 zit. stimmt vollständig überein Art. XXXVI der Einl. zum Th. III des Prov. Rs, nach welchem man bei Errichtung von Testamenten und überhaupt beim Abschluß jeglicher Art von Rechtsgeschäften entweder die am Errichtungs- resp. Kontraktort geltende Form oder die Formen desjenigen Ortes, an welchem das Rechtsgeschäft in Wirksamkeit treten soll, wählen kann, denn daselbe Wahlrecht, allein unter steter Beobachtung der vom Konsulatsustaw vorgeschriebenen Formalitäten, steht dem Testator auch nach russischem Reichsrecht zu, da Art. 1077 eben nur sagt: man kann das Testament nach ausländischem Recht machen. Darin liegt, daß man es auch nach russischem Recht machen kann.

22. Ähnlich wie mit den Testamenten der russischen Unterthanen im Auslande verhält es sich mit den von letzteren auf der See und zwar auf einem russischen Kriegsschiff oder Rauffahrtseischiß, auf Feldzügen außerhalb Rußlands oder in Kriegshospitälern errichteten Testamenten, bei welchen gleichfalls besondere Formalitäten vorgeschrieben sind (vgl. Artt. 1071—1076 und 1081, B. X des Swods). Auch diese sind ihrem unzweifelhaften Sinne nach für alle russischen Unterthanen, also auch die in den Ostseeprovinzen ansässigen, bindend und um so mehr auch auf letztere anzuwenden\*\*), als die Kodifikation v. J. 1864 hierüber nichts enthält.

23. Für die dem Staate gehörigen Sachen verweist das Provinzialgesetzbuch Art. 592 ausdrücklich auf das Reichsgesetzbuch, und zwar kommen hier Artt. 406—412 B. X des Cb. Zak. in Betracht. Zu denselben werden gezählt: die Meeresufer, Seen, schiffbaren Flüsse und ihre Ufer, die großen Wege, besiedelte und unbesiedelte Staatsländereien,

\*) Derselben Ansicht ist auch Neumann, Das kurländische Erbrecht, § 52, S. 160 f.

\*\*) Vgl. Neumann n. l. c.

brachliegende, unbebaute Felder, Wälder und Obrockstücke, die dem Staate gehören, nebst den zu ihnen gehörigen beweglichen Gegenständen verschiedenster Art, Abgaben und Steuern, Kriegs- und Seebeute.

24. Auch betreffs der Kaiserlichen Appanagengüter verweist die Kodifikation in Art. 593 auf das Reichsgesetzbuch. Die Bestimmungen darüber sind enthalten in B. X des Swods, Art. 412.

25. In gewissem Sinne wäre hierher auch wohl das Institut der Zwangse enteignung oder Expropriation zu rechnen. Vom Standpunkt des heutigen Prov. R. s verhält es sich mit derselben folgendermaßen: das Provinzialgesetzbuch nennt dieselbe in Art. 868 (P. 6) unter den Gründen des wider den Willen des Eigenthümers eintretenden Eigenthumsverlustes. Es heißt daselbst: „Wider Willen des Eigenthümers hört das Eigenthum auf: ...6) durch Zwangse enteignung oder Expropriation, wenn eine solche zum Wohl des Staates oder des Gemeinwesens unerläßlich und in jedem einzelnen Falle durch ein Allerhöchstes Gesetz angeordnet ist. Ihr geht die vollständige Entschädigung des zu Expropriierenden voraus“.

Hierzu setzte die Anmerkung 1 der offiziellen deutschen Ausgabe des Th. III vom Jahre 1864 fest:

„Das bei der Zwangse enteignung zu beobachtende Verfahren schreibt die Ordnung des Zivilgerichtsverfahrens vor“.

Damit war also auf die Normen des Zivilprozesses verwiesen. Einen einheitlichen Zivilprozeß gab es aber in den Ostseeprovinzen bis zum J. 1889 noch nicht, dagegen galt hier der gemeine deutsche Zivilprozeß mit den durch einige ältere Rechtsbücher z. B. das Esthländische Ritter- und Landrecht, das Lübbische Recht, die Rügischen Statuten und den sog. „kurischen Schlandrian“ („Instruktorium des kurländischen Prozesses“) sowie die Bestimmungen des Th. III veranlaßten lokalen Abweichungen. Da nun letztere in Bezug auf die Expropriation nichts enthielten, so sah man sich auf die Doktrin des gemeinen deutschen Zivilprozesses angewiesen. Jedenfalls hatte man hier bis 1889 ein im Ganzen genügend ausgebildetes und ausreichendes Expropriationsverfahren, das — wie auch in der Theorie anerkannt wurde — die subsidiäre Anwendung des russischen Reichsrechts — und zwar der Artt. 575—593 B. X des Swods der Reichsgesetze — nicht nur unnütz machte, sondern ihr sogar widerspreche\*). So stand es bis 1889. Das im selben

\*) Vgl. besonders den Aufsatz eines Ungenannten unter dem Titel: „Die Expropriation nach provinziellem Recht“ in der baltischen Monatschrift 1870 (B. 19) S. 267 u. 274—277, Hermann Abolphi in seiner ztt. Schrift über „das Rechtsinstitut der Zwangse enteignung“ Jahrg. IV der Zeitschrift für Rechtswissenschaft S. 124—126 und S. 129—132, und Erdmann, System, B. II S. 186. — Jedoch lehrte noch Bunge: Priv- und Esthl. Priv. R., B. I, § 99, S. 204, Note b, und Curl. Priv. R. § 111, S. 206, Note a, daß

Jahre am 9. Juli erlassene Allerhöchst bestätigte Reichsrathsgutachten über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen schien einen radikalen Bruch mit der Vergangenheit auch in dieser Beziehung herbeiführen zu wollen. Art. XVIII dieses Reichsrathsgutachtens setzte nämlich an Stelle der Anmerkung 1 zu Art. 868 Th. III des Prov. Rz nachfolgende Bestimmung:

„In den in den besonderen Gesetzen für die Gouvernements Livland, Estland und Kurland nicht vorgesehenen Fällen wird die Entschädigung des Eigenthümers für auf Anordnung der Regierung, für Staats- oder öffentliche Zwecke enteignetes Vermögen auf Grund der allgemeinen, im Reich geltenden Bestimmungen über die Enteignung normiert“ — oder wie es im russischen Originaltext heißt: „Вознаграждение собственника имущества, обращаемаго по распоряженію правительства на государственную или общественную пользу, въ случаяхъ, не предусмотренныхъ особыми для губерній Лифляндской, Эстляндской и Курляндской узаконеніями, опредѣляется на основаніи общихъ, дѣйствующихъ въ Имперіи, правилъ о вознагражденіи общественномъ“.

In dieser Form ist die erwähnte Anmerkung in die offizielle Fortsetzung zu unserem Provinzialswod vom J. 1890 unter dem Titel:

„Продолженіе свода гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ 1890 года“, sowie in die neueste offizielle Gesamtausgabe unseres Provinzialrechts in Duodezformat übergegangen.

Die allgemeinen reichsrechtlichen Bestimmungen über die Zwangsenteignung finden sich aber in den Artt. 575—608 B. X des Swods der Reichsgesetze. Also würde damit die Ann. 1 zu Art. 868 B. 6 Th. III des Provinzialrechts in ihrer jetzigen Gestalt auf die gedachten Artt. 575—608 verwiesen haben. Die Motive zu Art. XVIII zit. des erwähnten Reichsrathsgutachtens (vgl. Gafmann u. Nollen, Verordnungen (deutsche Ausgabe) Th. I S. 12 f.) scheinen das auch — wenngleich in etwas verworrener Ausführung — anzuerkennen. Man würde aber zu einem dem Art. XVIII geradezu widersprechenden Resultat gelangen, wenn man jeden einzelnen der Artt. 575—608 als in den Ostseeprovinzen anwendbar erklären wollte\*). Denn abgeändert wird dem strikten Wortlaut des Gesetzes zufolge nur die Anmerkung 1 zu Art. 868 B. 6. Die Textbestimmung d. h. der Punkt 6 des gedachten Art. wird unberührt gelassen, von seiner Abänderung ist

die Expropriation überhaupt, also nicht nur das Verfahren, sondern auch die Höhe der Entschädigung nach russischem Reichsrecht und zwar nach dem X. Bande beurtheilt werden müsse.

\*) Nach Erdmann System I. c. S. 186, der über den schwierigen Art. XVIII des Reichsrathsgutachtens leider ganz mit Stillschweigen hinweggeht, sollen die russischen Reichsgesetze in dieser Frage überhaupt ganz unanwendbar sein. Der Unterschied, den letzterer macht, nämlich ob ein Rechtsstreit vorliegt oder eine gütliche Vereinbarung, ist im Gesetz nirgends begründet.

keine Rede. Man muß also annehmen, daß er auch heute noch unverändert in Kraft geblieben ist. Nun unterscheidet sich aber der §. 6. des Art. 868 in mehrfacher Hinsicht sehr bedeutend von den reichsrechtlichen Expropriationsnormen. Das Provinzialgesetzbuch erkennt durch die allgemeine Fassung des Art. 868 §. 6 die Möglichkeit der Zwangsenteignung auch bei Mobilien an, das Reichsgesetzbuch — schon laut der Ueberschrift — nur bei Immobilien. Das Prov. R. verlangt eine der wirklichen Eigenthumsentziehung durch Expropriation vorausgehende Entschädigung des Eigenthümers in vollem Umfange. Das kann nur heißen: eine Entschädigung zum vollen gegenwärtigen Werth der zu enteignenden Sache. Das Reichszivilgesetzbuch dagegen bestimmt die Höhe der Entschädigung entweder nach den Einkünften des Immobiles und zwar durch Kapitalisation der Einkünfte der letzten fünf Jahre, berechnet zu 5% jährlich \*), oder gemäß den Preisen und Verhältnissen, wie sie an dem Ort, wo das zu entäußernde Immobilien belegen ist, üblich sind \*\*).

Was aber das Verfahren anbetrifft, so müßte die Expropriation eigentlich auf dem Wege des höchst summarischen Zivilprozesses vor sich gehen und die Schätzung unter Oberaufsicht eines hierzu beordneten Gerichtsgliedes stattfinden. Dies ist auch hinsichtlich des den Rittergutsbesitzern in Bezug auf Bauerlandstellen zu gewissen Zwecken zustehenden Expropriationsrechts in den Artt. 357—360 des in den Ostseeprovinzen geltenden Reichsprozesses (Th. II) ausdrücklich angeordnet worden, in Bezug auf das sonstige Expropriationsrecht dagegen nicht. Man muß daher annehmen, daß das Expropriationsverfahren als solches auch in den Ostseeprovinzen gemäß dem Reichszivilrecht auf administrativem Wege und vor einer besonderen, hierzu niedergesetzten Kommission in Grundlage der Artt. 582 ff. B. X des Swods stattfinden muß, falls nicht etwa das für jeden Expropriationsfall in in den Ostseeprovinzen zu erlassende Allerhöchste Spezialgesetz besondere Normen für das formelle Verfahren vorschreibt. Nur bleibt bei einer Anwendung z. B. des Art. 582 zit. immerhin das nicht unbedenklich, daß viele der im Gesetz genannten Amtspersonen, aus denen die Kommission bestehen soll, in den Ostseeprovinzen bis jetzt überhaupt nicht freiert worden sind, sowie ferner, daß das Expropriationsverfahren in den Ostseeprovinzen insofern doch kein einheitliches und mit dem Reichsgesetz übereinstimmendes wäre, als, wie gezeigt, das Expropriationsrecht der Rittergutsbesitzer in Bezug auf Bauerlandstellen nach einer von den anderen Fällen abweichenden Verfahrensart verwirklicht wird, nämlich auf prozessualen Wege nach den Grund-

\*) Vgl. B. X des Swods der Reichsgesetze, Art. 584, §. 5 u. 6.

\*\*) Vgl. Art. 584 zit. §. 5 u. 7.

-sätzen des unstreitigen summarischen Verfahrens, während das Reichsgesetz ein administratives Verfahren vor einer Administrativbehörde resp. = Kommission vorschreibt\*). Allein der Grundsatz, daß dem Eigenthümer überall volle Entschädigung zu gewähren ist, wird durch die Expropriationsvorschriften des X. Bandes in keinerlei Weise alteriert. Soweit aber diese Vorschriften des X. Bandes des Swods der Reichsgesetze dem Art. 868 B. 6 und den darin enthaltenen Prinzipien nicht widersprechen, gilt das Reichsrecht. —

Wenn nun die Kodifikation des baltischen Rechts in der That hin und wieder Rechtsätze rezipiert hat, die dem X. Bande des Swods der Reichsgesetze angehören, so kann das — wie wir solches beim schwedischen Recht gesehen haben — offenbar nur die Bedeutung haben, daß auf dem Wege dieser Rezeption — einerlei ob ihre Grundlage Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch oder Gesetz waren -- eine Verwand-

\*) Gänzlich kritiklos verfahren die Motive zu Art. XVIII zzt. des Verh. best. Reichsratsgutachtens vom 9. Juli 1889. Der eigentliche, den Schätzungsmodus betreffende Unterschied zwischen dem Provinzial- und dem Reichsrecht wird so gut wie mit Stillschweigen übergangen. Dabei geben die Motive zwar zu, daß die Anmerkung 1 zu Art. 868 B. 6 in ihrer früheren Fassung das Expropriationsverfahren nach den Regeln des Zivilprozesses, also auf gerichtlichem Wege normieren, im Gegensatz zu dem Administrativverfahren des Reichszivilrechts. Diese Vorschrift sei aber von der Praxis nicht beachtet worden, da stets von Fall zu Fall ein besonderes Spezialgesetz erlassen worden sei. So weit unsere Informationen reichen, ist das aber durchaus nicht der Fall gewesen. Vielmehr hat die Praxis — wie wir gezeigt haben — hier ein festes Expropriationsverfahren, das vor Gericht stattfand, ausgebildet und das Allerhöchste Reichsratsgutachten involvierte in der Hauptsache nur die Anordnung resp. Bestätigung der Expropriation als solcher d. h. den Eigenthumsverlust für den früheren Eigenthümer. Nun sollte man meinen, schon das Vorhandensein der Ann. 1 zu Art. 868 B. 1 sowie letzterer selbst hätten den Gesetzgeber vom J. 1889 veranlassen sollen, das Expropriationsverfahren hier anders zu regeln als für das übrige Reich, nämlich nach den Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens und nicht auf administrativem Wege. Trotz alledem setzen die Motive über alle diese Bedenken mit einem kühnen Saltomortale hinweg und ziehen die jeder Logik spottende Schlußfolgerung, daß, da bisher in den Ostseeprovinzen eine besondere Zivilprozeßordnung nicht erlassen und die Entschädigungsfestsetzung durch das Gericht von der Praxis nicht beobachtet worden sei, „zur Vermeidung von Irrungen“ das im ganzen Reich geltende Expropriationsverfahren auch auf die Ostseeprovinzen auszudehnen sei. Daß es vielmehr umgekehrt war, daß nämlich die Praxis gerade ein gerichtliches Expropriationsverfahren kannte und übte, sieht den oder die Verfasser der Motive weiter garnicht an! Der Art. XVIII war nun einmal da, er war vorschriftsmäßig (установленнымъ порядкомъ), eine Stieblingsphrase des russischen Bürokratismus) erlassen worden und da mußte er eben motiviert werden, mochte die Motivierung auch noch so sehr auf thöneren Füßen stehen, wie die zu Art. XVIII. Man sieht, wohin es führen kann, wenn ein Gesetz, dessen Erscheinen — gelinde gesagt — unmotiviert erfolgt ist, um jeden Preis motiviert werden soll, koste es, was es wolle. Da heißt es eben wieder: „der Dien' muß!“ —

lung des russischen Privatrechts in baltisches Recht stattgefunden hat, die bezüglichlichen russisch=rechtlichen Normen also zu liv= esth= und kurländischen geworden sind\*). Darauß eine subsidiäre, geschweige denn eine primäre Geltung des russischen Reichszivilrechts in Liv=, Esth= und Kurland ableiten zu wollen, wäre ein Konfens. Soll aber gar — eine Annahme, die eben ganz unmöglich ist — dem russischen Privatrecht in den Ostseeprovinzen sogar eine die Subsidiarität des gemeinen und deutschen Rechts überhaupt verdrängende Geltung eingeräumt werden, soll es also mit anderen Worten ausschließlich subsidiäre Rechtsquelle hieselbst sein, so müßte angesichts der Thatsache, daß die Kodifikation hauptsächlich auf der Grundlage des römischen, daneben auch des deutschen Privatrechts beruht und der bei weitem größte Theil seiner Artikel — schon ausweislich der Quellenzitate — aus dem römischen Recht geschöpft ist, diese ausschließliche Subsidiarität des russischen Privatrechts — da das Faktum der Rezeption einzelner reichsgesetzlicher Normen und der Berufung auf dieselben in den Quellenziten zur Begründung derselben allein nicht ausreichend ist — aus anderen, außerhalb liegenden Gründen hergenommen werden. Dieser anderen Gründe giebt es aber keine. Im Gegentheil, alle Gründe sprechen absolut gegen die Möglichkeit, das russische Reichszivilrecht als Subsidiarrecht des ostseeprovinziellen Rechts gelten zu lassen. Kann es aber bei uns überhaupt nicht Subsidiarrecht sein, so noch weniger ausschließendes Subsidiarrecht. Jetzt erledigen sich auch die — übrigens herzlich unbedeutenden — Argumente, die Невзоровъ\*\*) zu Gunsten einer solchen ausschließlichen Subsidiarität des russischen Privatrechts geltendmacht, nämlich: 1) das örtliche Recht müsse in denjenigen Fällen, wo es eine Lücke aufweise, durch das allgemeine Reichsrecht, das durch das lokale Recht unmöglich verdrängt werden könne, ergänzt werden, und 2) alle Theile des Kaiserreichs müßten der Wirksamkeit einheitlicher Gesetze unterworfen sein, soweit nicht durch das örtliche provinzielle Recht Abweichungen vom allgemeinen Reichsrecht vorgeschrieben seien. Das erste Argument ist reine petito principii. Die Subsidiarität des russischen Reichsrechts wird hier einfach vorausgesetzt, anstatt daß sie bewiesen wird. Wenn es feststeht, daß das russische Privatrecht niemals subsidiäre Rechtsquelle gewesen ist, wie kann man da von einer Verdrängung desselben durch das lokale Recht oder die Subsidiarrechte desselben, das gemeine und deutsche Recht, überhaupt noch sprechen? Das

\*) Vgl. Erdmann, System B. I, S. 10.

\*\*) Vgl. dessen Конспективное изложение S. 31 f.

zweite Argument beruht zum Theil auf der im Verlauf dieser Abhandlung bereits widerlegten irrthümlichen, offenbar durch historische Unkenntniß hervorgerufenen Auffassung vom Verhältniß zwischen dem baltischen und dem allgemeinen Reichsrecht resp. auf einem Mißverständniß des Art. 2 Th. I des Prov. R<sup>s</sup>, dessen wahrer Sinn in seinem Verhältniß zum Promulgationsedikt zu Th. I bereits hinreichend festgestellt sein dürfte, zum Theil aber auch auf der dem russisch-bürokratischen Geist eigenthümlichen Uniformitätsucht, die in falsch verstandenem, von slawophilen Sophismen durchtränktem Patriotismus jeglicher organischen Verschiedenartigkeit, besonders in den Grenzmarken, abhold ist und darin womöglich separatistische Gelüste erblickt, ohne zu bedenken, daß es ein Irrthum ist, anzunehmen, „das Allgemeine werde am Leben gewinnen durch Vernichtung aller individuellen Verhältnisse“ \*), und ohne den vom Reichsinnern durchaus verschiedenen sozialen, politischen und kulturellen Verhältnissen, wie sie in den Ostseeprovinzen als Produkt jahrhundertelanger historischer Entwicklung erscheinen, auch nur im Geringsten Rechnung zu tragen. —

Fassen wir das Resultat des zweiten Theiles dieser Abhandlung zusammen, so erhalten wir folgende drei Sätze:

1. Das russische in B. X des Swods enthaltene Privatrecht kann nicht Subsidiarrecht des ostseeprovinziellen Rechts sein, weil eine solche Stellung nur dem gemeinen und deutschen Privatrecht gebührt, die ihrerseits das ausschließliche Hilfsrecht in den Ostseeprovinzen sind.

2. Weil umgekehrt das russische Reichszivilrecht überhaupt nicht Subsidiarrecht der Kodifikation sein kann, so können es nur das gemeine und deutsche Privatrecht sein.

3. Kann der X. Band somit überhaupt nicht als Subsidiarrecht des lib-, esth- und furländischen Rechts in Frage kommen, so kann er es auch nicht an letzter Stelle, nach den hierorts geltenden Subsidiarrechten, noch weniger aber an erster Stelle d. h. dem römischen und deutschen Recht einfach vorgehen. —

Die 2. Ansicht ist unhaltbar, weil es die Prämissen sind, auf welchen sie beruht.

Damit wäre unsere Untersuchung eigentlich beendet. Ich will sie aber nicht schließen, ohne zuvor einen Punkt berührt zu haben, zu dessen Erörterung ein in Nr. 54 der „Юридическая газета“, Jahrg. 1905

---

\*) Vgl. Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (2. Aufl. 1820), S. 42.



abgedruckter Artikel eines gewissen Herrn M. G—r. Anlaß giebt. Der Artikel betitelt sich: „Указъ 18 февраля и балтійская фантазія“ („Der Ukas vom 18. Februar und die baltische Phantasterei“) und kritisiert in nichts weniger als leidenschaftsloser Weise die von der Stadt Riga der Regierung in Petersburg eingereichte, überaus verständige Petition, in welcher entsprechend den durch den Allerhöchsten Ukas vom 18. Februar dieses Jahres eröffneten Perspektiven neben Anderem auch gewisse, auf Verbesserung der Rechtspflege in den Ostseeprovinzen, namentlich auch in Riga hinielende Vorschläge gemacht werden z. B. Besetzung der Richterämter nach dem Wahlmodus und womöglich mit Personen, die mit den örtlichen Verhältnissen und Dialekten vertraut sind, Errichtung eines besonderen Appellhofes für die Ostseeprovinzen mit dem Sitz in Riga, Aufhebung des Art. 2095 Th. III des Prov. Rs, der in den livländischen Städten Privattestamente nur in den Fällen der äußersten Armuth und Noth zuläßt u. s. w. Soweit sich die — durchweg abfällig gehaltene — Kritik des Herrn G—r in allerhand grundlosen Verdächtigungen der baltischen Deutschen wie z. B. dem Vorwurf separatistischer Bestrebungen, oder gar in reinen Beschimpfungen des hiesigen Deutschthums ergeht, Beschimpfungen, die ebensowenig vom politischen und gesellschaftlichen Takt als auch von historischem Verständniß des Kritikers zeugen, können wir über dieselbe mit Achselzucken hinweggehen, denn die wahre Wissenschaft hat sich mit solchen Dingen garnicht zu befassen, sie hat es allein mit der Erforschung der Wahrheit zu thun. Allein der Schluß des Artikels fordert doch zur Widerlegung auf. Herr G—r erinnert nämlich an den im Entwurf fertiggestellten Zivilkoder für das russische Reich, der in Kürze den vielfach veralteten X. Band ablösen soll und spricht bei dieser Gelegenheit die Uebersetzung aus, daß die künftige Kommission mit dem Th. III des Prov. Rs, der an somanherlei Mängeln leide\*), endgültig aufräumen und das Prinzip der Unifikation des Privatrechts auch in den Ostseeprovinzen zur Geltung bringen werde. Sehen wir von dem der Kodifikation gemachten Vorwurf, sie leide an vielen Unvollkommenheiten, ganz ab — denn welches Menschenwerk kann vollkommen sein? — so ist hier wohl nur der Wunsch der Vater des Gedankens gewesen. Soweit nämlich unsere Informationen reichen, besteht gerade umgekehrt die Absicht — und soll auch in der beabsichtigten Fassung des Promulgationsedikts ausgesprochen sein — das neue Gesetzbuch auf die Ostseeprovinzen nicht auszudehnen, den Th. III des Prov. Rs also unberührt zu lassen\*\*). Von der „Kommission“ allein — diesem Schlagwort

\*) Sollte Herrn G—r der Th. III des Prov. Rs vielleicht zu sehr römisch-deutscher rechtlichen Charakter tragen und deshalb unbequem sein?

\*\*) Jedoch vertritt und befürwortet die Kommission in den Motiven zum Entwurf des fünften des Obligationenrecht enthaltenden Buches des neuen Reichszivilgesetzbuches

russischer Gesetzgebungsbürokratie — wird wohl außerdem das weitere Geschick des Projekts nicht abhängen, vielmehr wird sich vor Allem auch — angesichts der gegenwärtig veränderten Staatsordnung — der Reichstag (государственная Дума) damit zu befassen haben, und von diesem ist es, bei der jetzt herrschenden Regierungstendenz, die nationellen Eigenthümlichkeiten — zu denen auch das Recht gehört — nicht zu zerstören, sondern möglichst zu pflegen und aufrecht zu erhalten, gewiß zu hoffen, daß die vernünftigen, besonnenen, den wirklichen Volksbedürfnissen Rechnung tragenden Elemente desselben die Oberhand behalten, das besondere ostseeprovinzielle Privatrecht also nicht abschaffen werden. Denn das möge die ganze russische Intelligenz, namentlich soweit sie sich aus gebildeten Juristen rekrutiert, ganz besonders aber auch Herr W. G.—r. nicht vergessen, daß die Existenz eines besonderen ostseeprovinziellen Zivilgesetzbuches dem Reiche nicht nur keinerlei Gefahren bringt, sondern das Staatswohl sogar eher fördert. Je größer die Mannigfaltigkeit und Eigenthümlichkeit des Gesamtorganismus in seinen einzelnen Theilen ist, auf desto gesunderer Grundlage ruht das Ganze\*). Mannigfaltigkeit bedeutet frisches, pulsierendes Leben, geistlose und öde, alles mit dem einförmig grauen Mantel der Uniformität bedeckende Schablone dagegen — langsames Dahinwelken und schließlich Tod. Die Organe des menschlichen Körpers sind sehr verschieden gestaltet, jedes von ihnen

wenigstens die subsidiäre Anwendung des neuen Reichszivilrechts, die einzutreten habe, falls der Kodex des baltischen Privatrechts über irgend ein Rechtsinstitut keine Bestimmungen enthielte, wobei zur Rechtfertigung namentlich auf die handelsrechtlichen Bestimmungen über Gesellschaften, Aktiengesellschaften, besonders aber auf die im baltischen Recht nicht ausreichend bearbeitete Lehre von den Inhaberpapieren hingewiesen wird, wo schon jetzt russisches Recht angewandt werde (vgl. besonders M. v. Dettingen, „der Entwurf eines neuen russ. Obligationenrechts“ in Nr. 2 der „Juristischen Studien“ (Beilage zur baltischen Monatschrift, 1900, S. 12). Und zwar scheint es sich hier um eine Subsidiarität an erster Stelle oder gar um eine (das römische u. deutsche Recht) ausschließende Subsidiarität zu handeln. Inwieweit und bis zu welchem Maße eine solche gesetzgeberische Maßregel in praxi sich wird realisieren lassen, dürfte zum größten Theil von der allgemeinen Grundlage, die das Obligationenrecht in seiner letzten Gestalt haben wird, abhängen. Ist sie die gemeinrechtliche, auch in den anderen modernen Gesetzgebungen hervortretende, so ist die Subsidiarität des Reichsrechts in erster Stelle bis zu einem gewissen Grade möglich, bildet die Grundlage nicht das gemeine Recht, so dürfte auch jede subsidiäre Anwendung des Reichsrechts überhaupt uneffektiv sein. Allein auch im ersteren Fall wird das gemeine resp. deutsche Privatrecht einzutreten haben, wenn die Lücke durch das allgemeine Reichsrecht sich nicht beseitigen läßt. Denn die Vorschrift des Gesetzgebers, ausfüllbare Lücken und aufzuhellende Unklarheiten bestehen zu lassen resp. ihre Beseitigung auf dem angegebenen Wege nicht zu gestatten, wäre gleichbedeutend mit einem Verbot jeder Interpretation des Projekts überhaupt. —

\*) Vgl. Savigny. Vom Verufe unserer Zeit S. 43.

hat seine eigene Bestimmung, und doch bildet die Vereinigung aller Organe, von denen jedes besonderen Zwecken dient, ein harmonisches Ganzes, ja das vollkommenste Wesen der Natur, den Menschen. Wenn Herr G—r. — ob aus Gründen der Staatsraison oder aus anderen Gründen, ist gleichgültig — darin etwas das Staatswohl Gefährdendes erblicken will, so sieht er am helllichten Tage Gespenster. Was aber das Wichtigste ist: auch beim besten Willen — mag sich Herr G—r. oder wer immer sonst noch so sehr gegen diesen, heutzutage wohl unbestritten als wahr anerkannten Satz sträuben — kann der Gesetzgeber Privatrecht nicht so im Handumdrehen aufheben, wie etwa Prozeß- oder Gerichtsverfassungsgesetze. Die Eigenthümlichkeit alles Privatrechts besteht ja eben vor Allem gerade darin, daß es „seinem wesentlichen Inhalte nach von Privaten gemacht wird und daß seine Fixierung durch den Gesetzgeber regelmäÙig nur eine eventuelle bleibt“<sup>\*)</sup>). Das Privatrecht ist seiner inneren Natur nach das Konservativste aller Rechtsorganismen. Denn eben, weil es sich als der einfache Niederschlag der inneren Rechtsanschauungen der Privatpersonen darstellt, widerstrebt es im Gegensatz zu den andern Rechtsgebieten, dem Strafrecht, Staatsrecht und Prozeß, der direkten Regelung durch die Staatsgewalt<sup>\*\*)</sup>). Das Privatrecht ist etwas Organisches, von innen heraus Wachsendes, etwas, das auf der gemeinsamen Ueberzeugung der Rechtsausübenden beruht, das mit der Rechtsüberzeugung der Ausübenden lebt und webt, mit ihr wächst und sich weiterentwickelt, mit ihr sich verändert und ausgestaltet, je nach den wechselnden Bedürfnissen und Lebensverhältnissen des Zeitgeistes. In dieses organische Wachsen und Ausgestalten kann und darf aber der Gesetzgeber in keiner Weise eingreifen, er hat dieses Wachsen nur zu überwachen, zu pflegen und — wenn nöthig — in feste Formen zu gießen. Ein gewaltsamer Eingriff wäre nicht nur dem Wesen des Privatrechts zuwider, sondern würde den Lebenskeim desselben geradezu vernichten. Denn da alle privatrechtlichen Normen ihrem Inhalt und ihrer Wirkung nach eben nichts Anderes sind, als ein Nothbehelf für den Fall, wo der Partheiwille nichts bestimmt hat, also Präsumtionen für den wahrscheinlichen Willen der Partheien oder eventuelle Auslegungen ihres eigenen Willens<sup>\*\*\*)</sup>), so muß es eben den Privatpersonen aller Staaten, die zu den Kulturstaaten gehören wollen, freigestellt bleiben, die materiellen — nicht formellen — Bedingungen der zwischen ihnen abzuschließenden Ver-

\*) Vgl. Erdmann in der Zeitschrift B. X, S. 215.

\*\*) Vgl. Erdmann in seiner zit. Schrift: „Ein provinzielles Jubiläum“ in der „Balt. Monatschrift“.

\*\*\*) Vgl. Erdmann in seinem zit. Aufsatz in der balt. Monatschrift, B. 36, I. c. — Das Privatrecht besteht eben zum größten Theil aus dispositiven nicht präzeptiven Normen, es enthält niemals Befehle an die Privatpersonen. —

träge und Schenkungen, ihre Testamentserrichtungen und Ehepacten, ihre Schuldscheine und Pfandverschreibungen je nach ihrem Gutdünken zu regeln. Und bei jeder gesetzgeberischen Neugestaltung der bisher in Geltung gewesenen Privatrechtsnormen werden die Privaten eben nicht ermangeln, beim Rechtsverkehr untereinander die früheren Privatrechtsnormen unter Ignorierung des neuen Gesetzbuches in toto zu beobachten, eben weil sie sich in dies frühere Recht hineingelebt haben, mit ihm verwachsen sind, weil es ihren sozialen Bedürfnissen und Anschauungen entspricht, und deshalb werden sie ihre Verträge, ihre Testamente etc., gemäß dem früheren Recht abfassen in der Weise, daß sie die frühern diesbezüglich geltenden Rechtsbestimmungen beispielsweise in den Vertrag aufnehmen und das jeweilige Rechtsverhältniß durch ihre Partheidisposition entsprechend den alten Rechtsregeln ausgestalten. Damit haben sie denn das neue Gesetzbuch de facto umgangen, ohne daß der Staat dagegen etwas vermöchte. Sollte es aber der Staatswille unternehmen, auch für die materielle, inhaltliche Formulierung des Partheiwillens feste Regeln vorzuschreiben, an deren Uebertretung womöglich strafrechtliche Folgen geknüpft werden, wenn bei Strafe verboten werden sollte, Testamente und Verträge anders wie vorgeschrieben zu vollziehen, so ist das zwar de facto möglich, allein dann hat auch ein solches Privatrecht aufgehört Privatrecht zu sein, es hat seinen Charakter als solches abgestreift und ist Staatsrecht oder Strafrecht geworden\*). Daß dies kein erstrebenswerthes Resultat ist, wird auch der ärgste Feind baltischer Sonderentwicklung zugeben.

Herr G—r ist zu einem so abfälligen Urtheil über das baltische Sonderrecht und überhaupt über die deutsch-baltische Politik gelangt, weil er den eigenthümlichen, in der Geschichte unseres Landes begründeten sozialen, politischen und kulturellen Verhältnissen unserer baltischen Heimath keine Rechnung tragen, sie einfach ignorieren wollte oder sie de facto nicht kannte. Das erste wäre unverzeihlich, das zweite noch allenfalls zu entschuldigenden.

Uns baltisch-deutschen Juristen aber liegt es ob, eins unserer schönsten ideellen Güter, unser eigenartiges baltisches Recht nach Kräften zu hegen und zu pflegen, ein jeder an der ihm zugewiesenen Stelle. Es ist nicht zu verkennen, daß unser Th. III des Prov. Rs. in mancher Hinsicht veraltet ist, daß mancher Artikel einer Aenderung oder Aufhebung bedürfte. Allein deshalb das ganze Gesetzbuch aufzuheben, hieße das Kind mit dem Bade ausschütten. So lange dem Volksbewußtsein unsere Kodifikation kein Konglomerat lästig und eng gewordener Rechtsätze erscheint, solange es in demselben seine Befriedigung und nicht etwa eine drückende Fessel findet, solange es mit der wirklichen rechtlichen Ueberzeugung der rechtsübenden Volks-

\*) So auch Erdmann, in der Zeitschrift B. X, S. 215.

genossen übereinstimmt und solange endlich diese rechtliche Ueberzeugung durch veränderte politische oder soziale Verhältnisse nicht in andere Bahnen gelenkt wird, so lange kann und darf der Th. III des Prov. R. vom Gesetzgeber nicht außer Wirksamkeit gesetzt werden, wenn er nicht realen Volksbedürfnissen, die eine solche Abschaffung nicht erheischen, die das Gegentheil, nämlich das Weiterbestehen des bisherigen Rechts verlangen, ins Gesicht schlagen will. Vorläufig aber müssen wir ungeachtet aller Mängel, die unserer Kodifikation anhaften mögen, das, was einst Joseph Unger den Mörglern des Oesterreichischen allgemeinen B. G. B. zurief, auch vom Th. III des Prov. R. sagen: „Danken wir Gott, daß wir dieses Gesetzbuch haben“. Es soll damit nicht gesagt sein, daß wir jeder Weiterentwicklung unseres baltischen Rechts abhold sind. Gegen einen so radikalen Konservatismus verwahren wir uns nachdrücklich. Aber diese Weiterentwicklung kann nur allmählig, entsprechend den wirklichen realen Bedürfnissen des Lebens vorstattengehen und da kann es nur geboten sein, in sorgfamer Pflege diese Weiterentwicklung zu begleiten, zu überwachen, in die richtigen Bahnen zu leiten, und — wenn es so weit ist — mit Hilfe einer verständnißvollen Gesetzgebung das Ganze zu krönen. Bis dahin aber heißt es — namentlich in dieser schweren Zeit des Umsturzes — an unserer baltischen Kodifikation, wie an allen unsern ideellen Gütern mit Zähigkeit festhalten und nur den wirklich vorhandenen Lebensbedürfnissen Konzessionen machen. Mögen wir auch in dieser Beziehung uns als würdige Nachkommen unserer Vorfahren erweisen, die stets für Recht und Wahrheit gestritten wie gelitten haben, und stets des Dichterworts eingedenk sein:

„Was du ererbt von deinen Vätern hast,  
Erwirb es, um es zu besitzen.“

## Abhandlung II.

### Beiträge zur Regel des ostseeprovinziellen Privatrechts „Hand muß Hand wahren“.

Mit zu den interessantesten juristischen Problemen gehört ohne Zweifel die Frage, wem das Eigenthum an einer Sache gebührt, auf welche zwei oder mehrere Personen gleichzeitig Anspruch machen. Ja, im realen Rechtsleben wird ein großer, wenn nicht der größte Theil der Rechtsstreitigkeiten derjenige sein, der den Streit um „Mein oder Dein“ zu seinem Gegenstand hat. Tradiert nämlich A dem B auf Grund eines Rechtsgeschäfts z. B. Kauf, Schenkung 2c. eine bestimmte bewegliche Sache, die ihm, dem Tradenten de facto garnicht gehört und wird der tradierte Gegenstand abseiten des ursprünglichen Eigenthümers von B wieder abgefordert, so ist es klar, daß sich hier zwei Interessensphären schroff gegenüberstehen, nämlich die des ursprünglichen, ersten Eigenthümers der Sache und die des neuen Erwerbers B. Letzterer kann sich, auch wenn er die Sache von dem Diebe, der sie dem ersten Eigenthümer entwandte, erwarb, darauf berufen, daß er eventuell in gutem Glauben d. h. ohne von der Unrechtmäßigkeit der von seinem Kontrahenten, nämlich dem Tradenten A vorgenommenen Besitzübertragung etwas gewußt zu haben, die Sache von letzterem, dem A erworben habe und deswegen in seinem Eigenthumserwerbe geschützt werden müsse. Woher A die Sache genommen, ob sie ihm gehörte oder nicht, wußte er nicht oder brauchte es wenigstens, falls nicht Umstände besonderer Art auf die Unrechtmäßigkeit des Besitzerwerbes hinwiesen, nicht zu wissen. Was konnte er dafür, daß die Sache dem ursprünglichen Eigenthümer gestohlen oder gar geraubt war? An letzterem lag es, sich vorzusehen und den Eigenthumsverlust zu hindern. That er das nicht oder war er sonstwie nachlässig in der Wahrnehmung seiner Interessen, so ist das seine Schuld, deren Folgen er nunmehr zu tragen hat. Mit dem ersten Eigenthümer hat er absolut nichts zu thun, der kündigt ihn garnicht. Andererseits kann aber der erste Eigenthümer dagegen einwenden, daß sein Eigenthum Eigenthum bleibe, wenn auch die Verfolgbarkeit

resp. Beherrschungsmöglichkeit in Bezug auf Letzteres momentan nicht vorhanden sei und er, der ursprüngliche Eigenthümer, könne doch auch nichts dafür, wenn ihm sein Eigenthum durch Raub oder sonstige unabwendbare Gewalt entzogen worden sei, und weil ihn somit keine Schuld treffe, so könne ihm auch nicht zugemuthet werden, sein Eigenthum zu Gunsten des neuen Erwerbers zu verlieren. Vielmehr müsse er es nach den Grundsätzen der einfachen Gerechtigkeit behalten, der neue Erwerber dagegen sich an seinem Auktor d. h. seinem Kontrahenten schadlos halten.

Es stehen sich mithin einander gegenüber die Interessensphären des ersten Eigenthümers und die des neuen Erwerbers. Beide sind sie einander diametral entgegengesetzt, beide schließen einander gewissermaßen aus oder besser: eine von ihnen muß der andern das Feld räumen, weichen, eine muß die Ueberhand über die andere gewinnen. Aber welche soll das sein? Soll die Rücksicht auf den ersten Eigenthümer oder auf den Tradierten d. h. den neuen Erwerber überwiegen?\*) Gerade auf diesem Gebiete nun, in dieser Frage läßt sich ein diametraler Gegensatz zwischen dem römischen und dem germanischen Privatrecht konstatieren, ja, man könnte beinahe sagen, daß der Unterschied zwischen römisch-rechtlicher und germanisch-rechtlicher Auffassung — wenn wir von so eigenthümlichgestalteten Rechtsinstituten wie der Reallast, dem adligen Güterfamilienfideikommiß, der ehelichen Gütergemeinschaft u. a. m. absehen — selten eine so scharfe Ausprägung erleidet, wie gerade in dieser Frage. Um es kurz zu sagen: das römische Recht entscheidet sich für den ersten Eigenthümer, es läßt das Eigenthum für ihn weiterbestehen\*\*), nach deutschem Recht dagegen überwiegt die Rücksichtnahme auf den neuen Erwerber, indem es den bekannten Grundsatz aufstellt: „Hand muß Hand wahren“\*\*), oder „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen“. Der dritte Erwerber wird gegenüber dem ursprünglichen Eigenthümer entweder völlig geschützt oder doch — auf Grund späterer Variation —

\*) Vgl. besonders Dr. A. Schulke: „Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht“ in B. 49 der Jhering'schen Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (1905) S. 159 ff. u. passim u. die auf S. 162 Note 3 daselbst angegebene Spezialliteratur. —

\*) Vgl. Schulke l. e. S. 159 f.

\*\*) Zum ersten Mal begegnet uns diese Rechtsparadoxie in den 24 Friesischen Landrechten, Nr. 17, woselbst es der Emstiger Handschrift zufolge heißt: „Sahuet sa thi mon otherum hond reszth, thet him wither jeve, huande hond seel hond wera, jeftha anda withem und sueroa, hit ne se thet ma sin hus berna and sin god ter mithe, jeftha mat breke and sin god ther inne urstele jeftha ma hine berawie sines godes, and thet oder god ther mithe him of eravad se“, ... Zitiert noch Kraut: Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, (2-te Ausgabe, 1839, S. 215). —

in der Weise, daß letzterem nur ein bloßes Einlösungsrecht gewährt wird (Vgl. Schultze I. S. 161 f.).

Der Entwicklung dieses Rechtsgedankens nachzugehen, ist eine höchst interessante Aufgabe und wohl der Lösung werth.

Beginnen wir mit dem römischen Recht. Durch viele, meist glücklich geführte innere wie äußere Kriege war aus der Stadt Rom der Staat Rom geworden. Die rücksichtslose Durchführung des Prinzips: „Divide et impera“, das die Römer bei ihren kolonialen Eroberungen und Erwerbungen leitete und sie nicht zum Besten zu dem mächtigsten Volke des Alterthums machte, mußte nothwendigerweise auf die Gestaltung ihres Rechts von schwerwiegendem Einfluß sein und es erklärlich scheinen lassen, wie auch hier Kraft- und Machtfaktoren eine verhältnißmäßig große Rolle spielten. — Der damit in Verbindung stehende krasse Egoismus des römischen Rechts steigerte sich fast bis zur Brutalität, wenn wir, namentlich das älteste römische Recht betreffend, an den Begriff der familia d. h. die Gesamtheit alles dessen, was der Gewalt eines römischen Hausvaters unterworfen (pater familias) war, denken. Bekanntlich gehörten hierzu nicht nur Sachen, sondern auch die gewaltunterworfenen Hauskinder, die der Hausvater in dieser ältesten Periode nicht nur beliebig verkaufen durfte, sondern über die er auch das jus vitae necisque hatte. Innerhalb der Schranken seiner Hausgewalt war der Hausherr wahrer Herr (dominus, daher dominium). Hier duldete er keinen Eingriff, keine Einmischung anderer, hier war er Diktator, Konsul, Censor, Tribun, Alles in einer Person und mit ihm wachte das ganze Volk mit Eifersucht darüber, daß nach dieser Richtung hin Niemandem ein Abbruch geschah. Das „ne quis civem Romanum“... galt eben auch hier und das: „neminem laedere, honeste vivere, suum cuique tribuere“ stellt sich entschieden nicht nur als moralisches Grundprinzip, sondern auch als unverbrüchliche Rechtsnorm dar, insofern es besagt: Jedem das Seine! Verleze Niemandes Rechtssphäre, achte das Recht des Andern oder mit anderen Worten: Der Eigenthümer soll um jeden Preis sein Eigenthum wirklich haben, er soll sich seines Genusses wirklich erfreuen können und Niemand darf es ihm wider seinen Willen nehmen, Niemand ihn in seinem Recht kränken. Wie selten in dem Recht eines Volkes tritt gerade im römischen Recht und zwar auch wieder besonders in seiner Auffassung des Eigenthums der brutale Egoismus desselben in seiner ganzen Nacktheit hervor. Es zeigt sich das in der römisch-rechtlichen Eigenthumsklage der vindikation als des vornehmlichsten Ausflusses des Eigenthumsrechts. Letzteres nämlich berechtigte den Eigenthümer, die ihm abhandengekommene sowie überhaupt bei einem Andern befindliche Sache contra quemcunque possidentem diesem wieder abzufordern, einerlei, ob sich der gegenwärtige Erwerber auf ein von ihm in gutem Glauben einge-



gangenes Rechtsgeschäft, also auf bona fides und justus titulus berufen konnte oder ob ihm die mangelnde Veräußerungsbefugniß des Tradenten bekannt war, einerlei ferner, ob es sich um-gestohlene oder geraubte oder ob es sich um eine sonstwie unrechtmäßig d. h. unter Verletzung fremden Eigenthumsrechts erfolgte Veräußerung der Sache handelte. So mußte also auch der gutgläubige Besitzer, der garkeine Ahnung von der Existenz eines fremden Eigenthumsrechts an der ihm tradierten Sache hatte, selbige dem Vindikanten auf dessen Klage hin ausliefern, ohne daß ihm etwa das Recht zugestanden hätte, wenigstens den Werth der Sache vom vindizierenden Eigenthümer ersetzt zu erhalten oder ein Retentionsrecht an derselben auszuüben. Zwar konnte er sich an seinen Contrahenten halten und von diesem Schadenersatz beanspruchen und eben sowenig brauchte er als gutgläubiger Besitzer für die von ihm verzehrten Einkünfte resp. Früchte der besessenen Sache Ersatz zu leisten, sondern behielt vielmehr den Werth derselben für sich, zwar konnte er endlich den Ersatz gewisser Verwendungen vom vindizierenden Eigenthümer verlangen, allein das Alles mußte doch in den meisten Fällen vor dem großen Nachtheil, der ihm in Folge der Auslieferung der Sache an den Vindikanten erwuchs, in den Hintergrund treten. Denn nur zu oft mußte die Auslieferung der Sache an den ersten Eigenthümer, da sie ohne jegliche Entschädigung zu erfolgen hatte, den ökonomischen Ruin des zweiten Erwerbers nach sich ziehen. Allein darum kümmerte sich das römische Recht blutwenig: das Eigenthum um jeden Preis dem Eigenthümer, *suum cuique tribuere*, war seine Devise. Die bloße Thatsache, daß die Sache sich zur Zeit nicht in der Beherrschungsgewalt des Eigenthümers befand, daß letzterem also das *corpus* mangelte, hatte keineswegs den Verlust des Eigenthumsrechts zur Folge. Dieses blieb vielmehr nach wie vor bestehen und konnte mittelst der Eigenthumsklage von Jedem, der ihm dasselbe in *casu concreto* vorenthielt, zurückgefordert werden, wofür nicht etwa die Absicht, der Wille des Eigenthümers, das Eigenthum aufzugeben, nicht mehr zu „haben“ vorlag. Nach römischem Recht bleibt also der Eigenthümer in jenen Fällen Eigenthümer und der neue Erwerber wird nicht Eigenthümer. Allerdings mit einer Ausnahme. War ein Zeitraum von bestimmter Länge verfloßen und hatte der neue Erwerber während dieses Zeitraums die von ihm auf Grund eines Rechtsgeschäfts und im guten Glauben d. h. ohne von der mangelnden Befugniß des Tradenten zur Veräußerung etwas zu wissen erworbene Sache mit dem Eigenthumswillen unangefochten besessen, so hatte er allerdings durch Erßigung das Eigenthum an der Sache erworben und der erste Eigenthümer dasselbe verloren. Sein Recht ist gegenüber dem des Vindikanten das stärkere und die Vindikation des ersten Eigenthümers zeßfiert. Dieselbe Wirkung war endlich im neueren römischen Recht mit dem sich als Surrogat der Usufapion darstellenden Rechtsinstitute der *longi temporis praescriptio* verbunden. Allein abgesehen von dieser Ausnahme war es Grundsatz

des römischen Rechts, daß auch der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache, sei es nun, daß sie dem ersten Eigenthümer gestohlen oder geraubt, sei es, daß sie von seinem Kontrahenten unberechtigt veräußert worden war, dieselbe nicht für sich behalten durfte, sondern sie vielmehr ohne jede Entschädigung dem Vindikanten zurückgeben mußte. Es war also gleichgültig, ob der Beklagte die Sache vom treulosen Kontrahenten des Klägers, dem Pächter, Depositaren 2c., welchem dieser sie übergeben hatte oder von einem Diebe, Räuber 2c. erwarb, gleichgültig auch, ob der neue Erwerber bona oder mala fide erwarb, er mußte trotzdem der gegen ihn angestellten Vindikation weichen. — Das römisch-rechtliche Eigenthum war also absolut\*) und diese Absolutheit zeigt sich in ihrer ganzen Rücksichtslosigkeit gerade darin, daß der Eigenthümer wie überhaupt jeder dinglich Berechtigte sein Recht jedem unbefugt in dasselbe eingreifenden Dritten gegenüber geltend machen und den Gegenstand desselben — mit der vorhin angegebenen Ausnahme freilich — jedem Dritten unentgeltlich wieder abfordern durfte. — Ganz anders dagegen nach deutschem Privatrecht. — Das spezifisch deutsch-rechtliche, den Römern gänzlich unbekannte, ja dem Geist ihres Rechts total widersprechende Rechtsinstitut der Gewere und die sich daraus ergebende verschiedene Behandlungsweise des Eigenthums an beweglichen Sachen brachte es mit sich, daß auch die Eigenthumsflage resp. ihre Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit dritten gegenüber, besonders soweit sie sich auf Mobilien bezog, im deutschen Recht von einem ganz entgegengesetzten Gesichtspunkt betrachtet und geregelt ward. —

Das Wesen der Gewere oder der „habenden“ (hebenden) Gewere — ein Rechtsinstitut, dessen Untersuchung in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts so ziemlich abgeschlossen ist und auf das im weiteren Verlauf dieser Untersuchung nochmals zurückgegriffen werden muß — besteht in Kürze ausgedrückt darin, daß sie als das sinnlich-wahrnehmbare äußere Verhältniß einer Person zur Sache im Sinn eines körperlichen Besizes derselben erscheint. Die „Gewere einer Sache haben“ heißt soviel wie: den Besitz einer Sache haben. Gewere ist Besitz\*\*). Wer das Eigenthum an einer Sache hatte, der hatte auch die Gewere daran oder hatte sie wenigstens in der Regel. Allein das war nicht immer der Fall. Die Gewere, die rein

\*) Vgl. Jhering: „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“. Th. II, Abth. 1 (Leipzig, 1894) § 31 S. 149, dazu Schmidt: „Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte“ B. I (1853) § 24 S. 223.

\*\*) Vgl. namentlich Albrecht: „Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts“ (Königsberg, 1828) § 2, S. 3 ff.

äußerliche, thatsächliche körperliche Beherrschung der Sache konnte unter Umständen auch einer andern Person als dem Eigenthümer zustehen, wie das namentlich dann stattfand, wenn der Eigenthümer die Gewere d. h. den Besitz einer andern Person freiwillig übertragen hatte. \*) Wie namentlich der altdeutsche Prozeß reich an symbolischen Handlungen und formellem Beiwerk war, so begegnen wir ganz derselben Erscheinung auch auf dem Gebiete des deutschen Zivilrechts und insbesondere in der Lehre desselben vom Besitz. In der That kannte also schon das alte deutsche Recht den faktischen Besitz als etwas vom Eigenthum Unterschiedenes, von ihm Abtrennbares. Pfandreht, Leihe, Miethe zc. waren ihm keine fremden Rechtsinstitute. Allein der Besitz hatte hier doch eine vom römischen Recht wesentlich verschiedene Bedeutung, deren Schwerpunkt auf dem Gebiete des Prozesses lag. Die Gewere diente der juristischen Technik. Nicht als ob damit an sich verschiedenartige Rechtsinstitute zu einem einheitlichen Ganzen verschmolzen oder gleichsam wie von einem gemeinsamen Ring umschlossen worden wären, nicht als ob sich analog dem Besitz des römischen Rechts an die Gewere besondere, dem Schutz desselben dienende Rechtsmittel nach Art der possessorischen Interdikte geknüpft hätten. Der Einfluß auf den Prozeß äußerte sich vielmehr nach einer ganz anderen Richtung hin. Die Gewere erscheint nicht nur als das äußere juristische Normalkennzeichen sachenrechtlicher Befugnisse, sondern sie entscheidet vornehmlich — je nachdem ob der Besitz ein rechtmäßiger oder ein unrechtmäßiger war — auch die prozessualische Frage, wer von den beiden streitenden Partheien „näher zum Beweise ist“ und mit welchen Mitteln insbesondere der Beweis geführt werden soll \*\*\*). Veränderte sich nun auch im Laufe der Zeit die prozessuale Struktur, der eine Umstand behauptete trotzdem seine dauernde Bedeutung, nämlich die ausschließliche Berechtigung des die Gewere an der Sache Innehabenden, seinen Besitz jedem

\*) Ob es eine selbstständige direkte Gewere an Mobilien schon im ältesten deutschen Recht gegeben hat, ist bestritten. Einige behaupten, ursprünglich habe es nur eine indirekte Gewere an Mobilien gegeben; alle auf einem Grundstücke befindlichen Mobilien seien einfach als Pertinenz des Immobiles betrachtet worden und deshalb habe man mit und in der Gewere an Immobilien gleichzeitig auch die Gewere an der in den Grenzen derselben befindlichen Mobilien gehabt, vgl. namentlich Albrecht, die Gewere, § 3, S. 19, ff. und § 9, S. 72; Phillips: „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts“ B. I, (3 Aufl. 1846), § 57, S. 399 und § 65, S. 452; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts B. II, (1875), § 72, S. 12. Dagegen aber spricht, daß die Anfangs- oder Anfangsflage d. h. die dingliche Klage des ältesten Rechts in den Quellen nur in Beziehung auf Mobilien vorkommt. Vgl. auch Maurerbrecher: „Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts,“ B. I, (2 Auflage 1840), S. 502, Note 5.

\*\*) Vgl. hierüber Gerber: System des Deutschen Privatrechts“ (Jena 1882), § 72 S. 185.

\*\*\*) Vgl. Stobbe: „Handbuch des Deutschen Privatrechts“ B. II, (1875), § 72, S. 10; Gerber: System I. c. S. 189.

Dritten gegenüber auf dem Rechtswege zu verfolgen und geltendzumachen. Denn es galt der Grundsatz, daß zwei gleichzeitig nicht die Gewere an einer und derselben Sache haben könnten. Daraus folgt, daß wer nun nicht oder nicht mehr die Gewere hatte, auch nicht klagberechtigt war, vorausgesetzt auch, daß ihm das Eigenthum an der Sache zustand. Und so war der Prozeß jener älteren Zeit insofern einfacher und leichter durchführbar, als sich der Rechtsstreit nicht um die Feststellung des Eigenthums, sondern um die Frage drehte, wem von beiden Theilen das stärkere, bessere Recht zum Haben der Sache zustehe. Der Kläger will die Sache dem Beklagten abgewinnen, der Beklagte sie so, wie er sie thatsächlich hat, behalten. Dem Kläger mußte es daran liegen, sich der Sache „zu unterwinden“, sich zur Sache „zu ziehen“, sie „anzufangen“ d. h. körperlich anzufassen, zu ergreifen, im förmlichen Anefangsverfahren, er mußte, wenn er die Herausgabe der Sache vom dritten Besitzer erlangen wollte, schwören, daß die Sache sein eigen sei und er wider seinen Willen die Gewere daran verloren habe, daß sie ihm also gestohlen, geraubt oder verloren gegangen sei. (Vgl. Maurenbrecher, Lehrb. B. I, S. 501 u. 505, Note 3), wogegen der Beklagte mit Eideshelfern einen dahin gehenden Reinigungseid leisten konnte, daß die Sache ihm gehöre, also von ihm verfertigt, das fragliche Stück Vieh auf seinem Hofe von ihm aufgezogen worden sei 2c. (Vgl. Phillips l. c. S. 454 f. und die weiteren Bemerkungen dieser Arbeit zur Anefangsklage auf S. 134). —

Der Grund nun, warum ein Eigenthümer in casu concreto die Gewere nicht hatte, konnte ein doppelter sein. Einmal war es nämlich möglich, daß ihm die Sache wider seinen Willen abhanden gekommen, also z. B. gestohlen oder geraubt war, zweitens aber konnte es auch sein, daß der Eigenthümer freiwillig, also auf Grund eines Rechtsgeschäftes die Gewere, den Besitz einem Andern übertragen hatte. Dann hatte er zwar nicht das Eigenthum — wenigstens im ältesten deutschen Rechte nicht — wohl aber die Gewere und damit zunächst das Recht, letztere gegenüber jedem Dritten klagweise geltendzumachen verloren\*). Der Verlust der Gewere zog auch den Verlust des Klagerechts aus derselben nach sich. — Bleiben wir nun bei dem Fall der freiwillig erfolgten Besitzübertragung, auf welchen das alte deutsche Recht vorzugsweise Rücksicht nahm, stehen, so war es natürlich klar, daß die Gewere, die der Eigenthümer einem Andern übertragen hatte, nicht mehr ihm, sondern eben diesem Andern zustand, ebenso klar aber auch, daß der Eigenthümer das Recht, sein Eigenthum jedem Dritten gegenüber geltendzumachen resp. von ihm klagweise abzufordern, zusammen mit der Gewere verlieren

\*) Cfr. Stobbe: Handbuch, B. II, § 72, S. 12 f.

mußte\*) und ein solches Recht nur dem die Gewere innehabenden Kontrahenten des Eigenthümers zustand, wiewohl das Eigenthumsrecht als solches für ihn keineswegs erlosch. Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt es sich aber auch, daß wenn der, welchem der Eigenthümer die Gewere an seiner Sache übertragen hatte, letztere einer dritten Person weiter veräußerte, die Klage auf Herausgabe des Eigenthums vom Eigenthümer nicht gegen den dritten Erwerber der Sache, sondern nur gegen seinen „treulosen“ Kontrahenten als Kontraktsklage angestellt werden konnte\*\*), ebenso aber auch für den unrechtmäßigen Veräußerer wegfiel, denn weder hatte jetzt dieser noch der ursprüngliche Eigenthümer die Gewere. Diese war vielmehr auf den dritten Erwerber übergegangen. Letzterer war mithin gegen die vindikation des Sacheigenthümers jedenfalls geschützt. Er kann die Sache gleich dem Eigenthümer besitzen, ohne deren Entziehung mittelst der Eigenthumsklage befürchten zu müssen. Der Grund dieser, für den neuen Erwerber so überaus günstigen Position lag aber darin, daß zufolge deutschrechtlicher Auffassung der, welcher den Besitz einer ihm gehörenden Sache ohne die Absicht, das Eigenthum daran zu veräußern, auf einen Andern übertrug, ihm denselben also überließ, sein Eigenthum selbst zwar keineswegs aufgab, wohl aber die Machtvollkommenheit auf den Empfänger übertrug, mit voller Wirksamkeit die Sache durch ein Rechtsgeschäft auf dritte Personen übergehen zu lassen\*\*\*). Deshalb sagen die Quellen, man solle sich vorsehen, wem man leihe, wem man Treu und Glauben schenke, weil man sich seiner Rückforderungsansprüche wegen nur an seinen ursprünglichen Kontrahenten nicht aber an den Dritten halten könne, oder mit anderen Worten: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen“ oder „Nimm die

\*) D. Gierke: Deutsches Privatrecht, B. II, (Leipzig, 1905), § 113, S. 189 nennt die Gewere zutreffend das „Recht“, die äußere Seite des deutschen Sachenrechts und weiterhin (S. 189) sagt er: „Da die Gewere im deutschen Recht eine ähnliche Rolle spielt, wie im römischen Recht die possessio, mag man sie auch den deutschen Besitzbegriff nennen. Aber mit dem römischen und auch mit dem modernen Besitzbegriff deckt sie sich nicht. Viel mehr reicht sie vermöge gesteigerter Abhebung des Rechtlichen vom Thatsächlichen weit über ihn hinaus. Sie hat daher auch eine viel umfassendere Bedeutung. Mit den Funktionen, die sie mit dem Besitze theilt, verbindet sie die Funktion eines allgemeinen sachenrechtlichen Legitimationsmittels, das nicht bloß der Behauptung und Geltendmachung des in ihr erscheinenden materiellen Rechtes dient, sondern auch für Jedermann eine vom materiellen Recht unabhängige formelle Rechtslage herstellt, der man im Verkehr trauen kann. Gerade darum trug sie die Kraft in sich, das ganze Liegenschafts- und Fahrnisrecht zu sichtbarem Ausdruck zu bringen und den Ausbau der einzelnen dinglichen Rechte von der formalen Seite her zu leiten.“ Vgl. auch § 134, Seite 552 ff. (Ueber die Literatur in dieser Frage, siehe § 134, Note 1 ebendasselbst.)

\*\*) Vgl. Gierke: „Deutsches Privatrecht,“ B. II, § 134, S. 553.

\*\*\*) Vgl. Stobbe: Handbuch, B. II, S. 556 ff.

Treue, wo du sie gelassen hast“). Weniger also die Unbilligkeit gegen den dritten Erwerber, der, nichts ahnend von der Fremdgehörigkeit der ihm tradierten Sache, letztere vom Nichteigenthümer erwirbt und sie nun dennoch dem ersten Eigenthümer herausgeben muß, als vielmehr der Formalismus des deutschen Eigenthums- und Besitzrechts d. h. der Gewere war es, die eine so verschiedenartige, vom römischrechtlichen Eigen-

\*) Auf andere Weise sucht Eichhorn: „Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte“ B. II, (3 Auflage, 1821) § 361 b, S. 557 die Regel zu erklären. Der Satz sei, meint Eichhorn, eine nothwendige Folge der Grundregel, daß, da das Eigenthum an der Fahrniß (fahrende Habe) nicht wie ein Grundstück durch Auflassung erworben werden könne, der Fahrnißerwerber, weil er sich dem Eide des Andern, die Sache Ansprechenden gegenüber nicht auf die nur bei aufgelassenen Grundstücken mögliche rechte Gewere berufen konnte, nothwendig auf andere Weise für den Fall sichergestellt werden mußte, daß ihn sein Auktor nicht vertreten wollte. — Einen von Eichhorn l. c. abweichenden Erklärungsversuch giebt Schmidt in seiner soeben zitterten Schrift: „Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte“, B. I, S. 220 ff. Während nach römischem Recht der Eigenthums-erwerb nur durch Tradition vermittelt werde, spiele die letztere nach deutschem Recht beim Eigenthums-erwerbe eine nur sekundäre Rolle. Was dort die Tradition, bewirke hier die von der Einräumung des Besitzes an sich unabhängige, aus der Willenseintigung des Tradenten und des Empfängers entspringende sittliche Berechtigung. Wohl könne die Tradition, weil der Besitz zur praktischen Realisirung des Eigenthums gehöre, nebenhergehen, sie brauche es aber nicht. Erscheine sie auch als die natürliche Form des Eigenthumsüberganges, insofern darin der Wille der Bethetheigten am Unzweideutigsten zum Vorschein gelange, so sei sie doch keineswegs die einzig-mögliche Form des Eigenthumsüberganges; der vielmehr auch durch andere den Parthei-willen bekundende Akte vermittelt werden könne. Man habe hier namentlich an die gerichtliche Auflassung der Immobilien, die Lehninvestitur, Uebersendung des Konossements u. zu denken. Der Eigenthumsübergang habe nicht nur den ursprünglichen Kontrahenten, sondern auch dritten Personen gegenüber Rechtswirkungen zu erzeugen, insofern diese den Empfänger in Zukunft als den rechten Eigenthümer zu respektieren verpflichtet werden sollen. Zu diesem Behufe müsse der Eigenthumsübergang in einer Jedermann erkennbaren Weise vor sich gehen. Eine heimliche Besitzübertragung, die nach römischem Recht möglich gewesen wäre, könne nach deutschem Recht dem gegenüber, welchem sie verheimlicht worden wäre, keine sittliche Berechtigung geben. Die Rücksicht auf dieses Moment erzeuge das Requisit der Publizität, die sich bei Immobilien namentlich in Gestalt der Auflassung manifestiere. Anders bei Mobilien. Hier erhalte die Besitzübertragung bereits genügende Publizität insbesondere deshalb, weil die Uebertragung der Gewere sich schon von selbst als ein äußerlich erkennbarer Akt darstelle, woraus aber weiter folge, daß nun auch jeder Dritte befugt sei, eine solche Besitzübertragung als Eigenthumsübertragung anzusehen und sich danach zu richten, ohne dem Verhältniß zwischen den ursprünglichen Kontrahenten näher auf den Grund zu gehen. Dies aber habe wiederum die weitere Folge, daß demjenigen, der den Besitz seiner Sache einem Andern anvertraut habe, wenn dieser sie einem Dritten veräußere, die sittliche Berechtigung fehle, sie von dem gutgläubigen dritten Erwerber zu vindizieren. Darin besteht das Wesen der Regel: „Hand muß Hand wahren“. —

Gegen diese Deduktion läßt sich aber so Manches einwenden. Zunächst ist nicht klar, was man sich unter einer „sittlichen Berechtigung“ vorstellen soll? Will der

thumsbegriff so abweichende Gestalt der deutsch-rechtlichen Fahrnißgewere veranlaßte. Allein dieser Formalismus machte sich nicht nur nach der prozessualen Seite der Rechtsverfolgung geltend, er kam auch in der materiell-rechtlichen Auffassung des germanisch-rechtlichen Besizes resp. Eigenthums an der Fahrniß zum Vorschein. Für jede Berechtigung, für jede Rechts-handlung verlangte das germanische Recht eine sinnlich wahrnehmbare äußere Erscheinungsform. Auch das Eigenthum bedurfte einer solchen äußeren, sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungsform und dazu diente gerade die Gewere. Der die Sache innehabende Eigenthümer machte eben durch diese seine Detention, also durch eine sinnlich wahrnehmbare Form sein Eigenthum zu einem sinnlich wahrnehmbaren. Hatte er sie nicht mehr inne, die Detention also verloren, so fehlte ihm die äußere Erkennungsform, das charakteristische Merkzeichen der sinnlichen Wahrnehmbarkeit, er hatte sie mit der Sache selbst verloren (vgl. Schulze, l. c., S. 164 und 165). Die äußere Form der sinnlichen Wahrnehmbarkeit gab dem Eigenthum Oeffenkundigkeit, Publizität (vgl. auch Gierke, l. c. B. II, S. 188 f.). Ist diese Form nicht mehr vorhanden, weil die Sache vom Eigenthümer einem Andern anvertraut ist, so geht die Oeffenkundigkeit des Eigenthums die Gewere, verloren, so daß der dritte Erwerber damit nicht rechnen kann und nicht zu rechnen braucht, vor Allem aber von dem eigentlichen Sachverhalt in der Regel nur schwer Kenntniß haben kann. (Vgl. überh. Schulze l. c. S. 165 u. 166, Schmidt: Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, B. I, S. 220 ff.) Für das alte Anefangsverfahren kam dann noch hinzu, daß die Anefangs-klage desjenigen, der seine Sache freiwillig aus seinem Gewahrsam gelassen und sie einem Andern übertragen hatte, vom Richter ex officio gar nicht zugelassen wurde. Nach Albrecht, die Gewere, § 11, S. 92 f. soll im

Verfasser Recht und Sittlichkeit miteinander identifizieren? Sittliche Momente sind doch stets etwas rein innerliches und ihrem Wesen nach als solche niemals im Stande, formale Wirkungen hervorzubringen. Wie das ermöglicht werden soll, sagt Schmidt auch gar nicht, ja er deutet es nicht einmal an, wiewohl er den Besitz doch andererseits als zur praktischen Realisierung des Eigenthums-erwerbes nothwendig ansieht. Und worin soll — die Eigenthumsübertragung von Mobilien anbetreffend — das Moment der Sittlichkeit bei der auf etwaige dritte Erwerber zu nehmende Rücksicht liegen und weshalb soll dem ersten Eigenthümer aus Gründen der Sittlichkeit die vindikation gegenüber dem dritten gutgläubigen Erwerber versagt sein? Von dieser Seite erheben sich daher gegen die Schmidtschen Deduktionen schwere Bedenken und nur, was die Hervorhebung der durch die Uebertragung der Gewere garantierten sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungsform des Eigenthums-erwerbes anbetrifft, dürfte ihnen beizustimmen sein.

Ueber mancherlei andere Erklärungsversuche siehe Gerber System S. 273 ff. Note 3 und die daselbst Angef.

ältesten Recht der Kommodatar resp. der sonstige erste Empfänger der Sache eo ipso berechtigt gewesen sein, dieselbe zu veräußern, da er dem Eigenthümer nur persönlich verpflichtet gewesen sei, und eben deshalb sei er auch befugt gewesen, die ihm anvertraute Sache zur Befriedigung seiner eigenen Gläubiger zu verwenden. Die angezogene Stelle aus dem Rübischen Rechte (II, 333) sagt aber nur, daß der veräußernde Empfänger d. h. Entlehner 2c. kein Verbrechen begehe und daher auch nicht wegen eines solchen geahndet werden könnte, wenn er die Sache veräußere. —

Was nun den Fall anbetraf, daß der Eigenthümer unfreiwillig die Gewere an der Sache z. B. durch Diebstahl oder Raub verloren hatte, so erfuhr dieser in den alten Quellen schon frühzeitig eine abweichende Behandlung insofern, als diese vom Eigenthümer wegen der in diesem Fall vorliegenden Unrechtmäßigkeit, wo er sie immer vorfand, mittelst der Klage auf „Anefang“ (Anefangsklage) „angesprochen“ und von Jedem, auch dem gutgläubigen Erwerber abgefordert werden konnte\*).

\*) Vgl. v. Roth: „System des deutschen Privatrechts“ B. III (1886) § 26 S. 346 ff., Bluntzschli: „Deutsches Privatrecht“ (2 Aufl. 1860) § 73, S. 207 f., Mittermater: „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts“ B. I (4 Aufl. 1830) § 138 S. 332 f. Demnach konnten im alten deutschen Recht sowohl der erste Gewerstinhaber als auch sein Vertrauensmann die Anefangsklage anstellen, je nach dem wem von Weiden die Sache gestohlen, geraubt oder sonst wie gegen seinen Willen abhanden gekommen war. Da aber Gewere gleich Besitz ist und die Anefangsklage eben dem Zustand, der mit der Gewere den Besitz der Sache verloren hatte, so ist es ein offenkundiger Irrthum, wenn Albrecht: Die Gewere, § 4, S. 23 lehrt, daß gerade in diesen Fällen die Gewere demjenigen zugeschrieben werde, der früher den Besitz der Sache hatte, hinterdrein denselben aber verlor. Denn der Klagegrund für den Bestohlenen resp. Beraubten bestand ja eben in dem unfreiwilligen Verlust der Gewere. Von einer fingierten Weiterdauer der Gewere wissen die alten Quellen nichts zu berichten. Ebenso irrtümlich ist fernerhin die auf einer offenbar unzulässigen Verallgemeinerung der leg. Mutpr. VI, 78 beruhende Bemerkung von Phillips l. c. S. 485, Note 18, nur der erste Empfänger der Sache, dem Sie wider seinen Willen aus der Gewere gekommen, nicht auch der ursprüngliche Eigenthümer der Sache habe die Anefangsklage gegen den derzeitigen Besitzer gehabt, weil der Dieb nicht mit zwei Klagen gleichzeitig habe belangt werden dürfen. Denn es stand von vornherein fest, daß der Eigenthümer der Sache, da er sich seiner Gewere zu Gunsten des Empfängers entäußert, sie also aufgegeben hatte, die Anefangsklage überhaupt nicht, also auch nicht gegen den Empfänger erheben konnte. Der Fall, daß außer dem bestohlenen oder beraubten ersten Empfänger auch noch der Eigenthümer mit anefangsklagte, konnte also garnicht eintreten. Also auch der erste Empfänger der Sache durfte die Anefangsklage anstellen, vorausgesetzt, daß die Sache ihm abhanden kam, und zwar hatte er die Klage unter Ausschluß jedes Andern. Die alten Quellen versagen sie ihm auch nirgends (Vgl. auch Maurenbrecher B. I S. 506). — Die Anefangsklage konnte von dem, der sich seiner Gewere freiwillig entäußert hatte, nicht angestellt werden, letzterer hatte eben dadurch auf den Anefang verzichtet (Cfr. Maurenbrecher, l. c., S. 505). Das hing mit dem eigenthümlichen Ane-



Man kann fragen: woher diese vom vorigen Falle verschiedene Behandlung, wenn die Gewere unfreiwillig verloren ging? Weßhalb konnte der Eigenthümer in diesem Falle die Sache vom dritten Erwerber

fangsverfahren zusammen. Der mit „Anefang“ Klagende mußte die Sache in feierlicher Weise vor dem Richter anfasseln (vgl. Hillebrand „Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels- und Vehrrechts“ (1864) § 61, S. 212, Note 3) und dabei schwören, daß sie gegen oder ohne seinen Willen ihm abhanden gekommen sei. Das konnte er aber doch unmöglich, ohne sich eines Meineids schuldig zu machen, wenn er die Sache freiwillig einem Andern übertragen hatte. Deshalb wird in letzterem Falle der Eigenthümer nicht nur von selbst die Anefangsklage gegen den Besitzer unterlassen haben, sondern vom Richter ex officio unter Verhängung von Geldstrafen abgewiesen worden sein, wenn es sich im Laufe der Verhandlung oder sofort bei der Klageerhebung herausstellte, daß er seine Gewere freiwillig dem Andern überlassen habe. Deshalb mochte die Regel „Hand muß Hand wahren“ in der ältesten Zeit, wo noch das Verfahren mit „Anefang“ galt, nicht den Charakter einer Eured gehabt haben, durch die der Klageanspruch des Eigenthümers ausgeschlossen wurde, sondern sich als ein reines, an die Adresse des Eigenthümers gerichtetes Verbot (vgl. Maurenbrecher, l. c. B. I, S. 501, S. 505, Note 3 und S. 509 Note 4) dargestellt haben. Zu einer das Klagerrecht des Eigenthümers zerstörenden Eured wurde die Regel erst im Laufe der späteren Rechtsentwicklung, als das alte strenge Verfahren mit der Anefangsklage sich mehr und mehr verlor. Uebrigens war aber der Eigenthümer auch im ältesten Recht nicht schuklos gegenüber seinem Vertrauensmann, dem er die Gewere übertragen hatte. Er hatte nämlich gegen diesen eine persönliche Klage aus dem Kontraktverhältniß, die man mit „Forderung“ im Gegensatz zur Anefangsklage bezeichnet und die gegen jeden Besitzer der Sache zulässig war, vgl. besonders Hillebrand: „Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutschen Privatrechts“ § 61, S. 212, Maurenbrecher l. c. B. I, S. 505, Phillips: l. c., S. 459 f. und Albrecht: „Die Gewere,“ S. 84 und 86. Bestritten war und ist die (von uns im Prinzip schon entschiedene) Frage, ob der Eigenthümer die Forderung dem dritten Erwerber auch dann abfordern konnte, wenn sie seinem Vertrauensmann unfreiwillig abhanden gekommen d. h. ihm, dem Pfandhalter, Depositar u. geraubt oder gestohlen war. Gierke, Deutsches Privatrecht, Band II, S. 555 verneint die Frage mit der Begründung, daß wer seine Gewere freiwillig in die Hand eines Andern gelegt habe, auch nicht mehr berechtigt sei, die Rückforderungsklage gegen jeden Dritten — die sich doch immer auf gegenwärtige Gewere stützen mußte — anzustellen. Damit würde stimmen, daß es sich hier um das förmliche Verfahren mittelst Erhebung der Anefangsklage handelte — der gewöhnlichen Klage, mit der geraubte und gestohlene Sachen vom Berechtigten verfolgt wurden — zu welcher der letzte Inhaber der Gewere „näher“ war als der, welcher sie ihm übertragen hatte. Allein wenn nun der eigentlich Gestohlene nicht klagte, konnte dann nicht wenigstens vom Eigenthümer geklagt werden? Die Frage scheint verneint werden zu müssen. — Was speztell die Klage mit „Anefang“ (oder „Anevang“) betrifft, so charakterisirt sich dieselbe nicht etwa als Diebstahlsklage in dem Sinn der römisch-rechtlichen *condictio furtiva*, sondern eher als eine *actio in rem scripta*, die sich gegen jeden richtete, der sich im Besitze der Sache befand, und die in der Behauptung gipfelte, daß Kläger gegen seinen Willen aus der Gewere gekommen und Beklagter oder dessen Vorbesitzer unrechtmäßig die Sache bei sich habe, mithin also sich einer Unredlichkeit schuldig gemacht habe, vgl. besonders Stobbe: Handbuch, B. II, S. 562 und Gierke: „Deutsches Privatrecht“, B. II, § 134, S. 553 f.

unentgeltlich zurückverlangen, warum war in diesem Fall sein Eigenthum gegenüber dem Dritterwerber geschützt, im vorigen nicht? Denn auch hier fehlte doch das äußerliche Kennzeichen des Eigenthums, nämlich das sinnlich wahrnehmbare Innehaben der Sache d. h. die Gewere, auch hier mangelte es an einer Offenkundigkeit, einer Publizität des Eigenthumsrechts. — Man hat das auf verschiedene Weise zu erklären versucht (vgl. darüber Schulze l. c. S. 169 ff.), ohne jedoch der Sache auf den wirklichen Grund zu kommen\*). Neuerdings hat nun Schulze l. c. S. 170 ff. einen Erklärungsversuch gegeben, der in der That sehr viel für sich hat und dem ich mich anzuschließen kein Bedenken trage. Darnach kann nur das eine Moment die gedachte Verschiedenheit in der Behandlung der Gewere hervorgerufen haben, nämlich der Rechtsfriedensbruch, mit seiner Bedeutung und Wirkung. Friede war der geordnete Rechtszustand, die Sicherheit des Eigenthums und jedes rechtmäßig erworbenen Rechts. Der Friedensbrecher d. h. wer den Rechtsfrieden brach, den geordneten Rechtszustand irgendwie störte und verletzte, wer z. B. dem Andern eine Sache raubte oder stahl, von dem verlangte die damalige Rechtsanschauung nicht bloß kriminelle Bestrafung, also Buße im Sinne einer Sühne, sondern außerdem auch noch Wiederherstellung des gebrochenen Rechtsfriedens d. h. Wiederherstellung des früheren geordneten Rechtszustandes. Da aber jeder an seinem Theil für den Bestand des Rechtsfriedens zu sorgen hatte und eine Verletzung desselben überall abwehren mußte, so auch beim Diebstahl und Raube. Und deshalb hatte der Verletzte nicht nur gegen den Dieb und Räuber nebst ihren Genossen und Beihelfern, sondern auch gegen den ganz unschuldigen Dritterwerber, der möglicherweise von dem Diebstahl nichts wußte, einen privatrechtlichen Deliktsanspruch, gerichtet auf unentgeltliche Restitution der ihm gegen seinen Willen abhandengekommenen Sache. Dem in seinem Rechtsfrieden Gefräßigten mußte um jeden Preis, nicht nur in strafrechtlicher, sondern auch in zivilrechtlicher Hinsicht Genugthuung gegeben werden und das konnte nur so geschehen, daß man die gegen den Willen des Eigenthümers aus dem Gewahrsam desselben gekommenen Sachen letzterem zurückgab, wo und bei wem immer man sie antreffen mochte (vgl. Schulze, l. c. S. 170 f.).

---

\*) So liegt es beispielsweise nahe, den Grund hiersür in der prozessualischen Eigentümlichkeit der alten Anefangsflage zu suchen. Mit derselbe wurde jede unfreiwillig abhanden gekommene Gewere vom letzten Gewersthäher verfolgt und zwar gegenüber jedem Besitzer derselben. Gewiß steht diese Ausnahme von der Regel im engen Zusammenhange mit dem Anefangsverfahren. Allein woher überhaupt die Anefangsflage und warum stand diese nur dem Bestohlenen, Veranbten oder Verlierer der Sache zu und nicht auch demjenigen, der seine Gewere freiwillig einem Andern übertragen hatte?

Auf die weitere Frage, welch ein Recht derjenige erlangt, dem der ursprüngliche Empfänger die Sache weiterveräußert, ob er Eigenthum, Pfandrecht 2c. daran wirklich erlangt oder nicht, ertheilen uns die Quellen des älteren deutschen Rechts keine Antwort. Sie begnügen sich in der Regel damit, einzelne Rechtsfälle aufzustellen; um die Anwendung derselben auf mehr oder weniger verwickelte Fälle, um die Lösung theoretischer Probleme kümmernten sie sich herzlich wenig; dazu war auch die Rechtswissenschaft der damaligen Zeit noch viel zu wenig ausgebildet. Ebendaher finden wir auch in diesen Quellen keinen Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, ob die dem dritten Besitzer gestohlene und vom diesem zum ursprünglichen Eigenthümer zurückgekehrte Sache seitens des Bestohlenen von letzterem wieder zurückgefordert werden durfte oder nicht? Sie sagen vielmehr nur: der dritte Erwerber hat die Gewere an der vom Empfänger erworbenen Sache, kann diese gegen Jedermann vertheidigen und braucht sie Niemanden herauszugeben, sondern darf sie behalten so gut wie ein Eigenthümer, Pfandgläubiger 2c.

Die bisherige Entwicklung läßt den scharfen Gegensatz zwischen dem römischen und dem deutschen Mobiliareigenthum deutlich erkennen: das römisch-rechtliche Eigenthum hat absoluten Charakter, denn es giebt dem Eigenthümer die Befugniß, den Eigenthumsgegenstand von jedem Dritten, ohne Rücksicht auf die Art oder den Titel seines Erwerbes, wieder zurückzufordern und zwar ohne jegliche Entschädigung. Das germanisch-rechtliche Eigenthum dagegen ist nicht absolut, denn hatte sich der Eigenthümer seines Besizes (nicht des Eigenthumsrechts) erst einmal freiwillig entäußert, so konnte er, da er die Gewere verloren, sein Recht an der Sache nicht nach außen hin, der ganzen Welt gegenüber geltend machen und gegen den dritten Besitzer der Sache nicht mehr auf Herausgabe der Sache klagen, sondern sich nur an den ersten Empfänger halten. Nur in einem Punkt trafen römisches und deutsches Recht zusammen, nämlich in der Behandlung gestohlener und geraubter Sachen, allein auch nur im Resultat. Diese nämlich kann der bestohlene resp. beraubte Eigenthümer, wo er sie findet, ansprechen und mittelst der Anefangs-klage (Eigenthumsklage) von jedem zurückfordern d. h. nach römischem Recht, weil er Eigenthümer war, nach deutschem Recht in erster Linie, weil es sich um ein Delikt oder richtiger um eine unrechtmäßige Handlung des Besitzers, um einen Bruch des Rechtsfriedens handelte.

Beide Gegensätze mit einander waren unverjöhlich und sind es, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, noch heute geblieben. Allerdings gelang es schließlich der nivellierenden Macht des dank der humanistischen Richtung wiederauflebenden römischen Rechts, das deutsche Recht

zu gewiffen, der Abfoluthet des Eigenthums wieder mehr Spielraum gewäh-  
renden Konzeffionen zu bewegen, allein ein völliger Ausgleich konnte doch nicht  
ftattfinden, und zwar deshalb nicht, weil die Gefichtswinkel, von denen aus  
römisches und deutſches Recht die gegen den Dritten zu richtende  
Eigenthumsklage ſowie den eigentlichen Zweck derſelben anſahen, einander total  
entgegengeſetzte waren. Daß von den Prinzipien des krassen Egoismus  
und Abſolutismus durchtränkte Eigenthum des römischen Rechts ſchützte  
den Eigenthümer auch gegenüber dem gutgläubigen Beſitzer der Sache um der  
Idee des Eigenthums willen, als des vollkommenſten, die absolute und  
gegen Jedermann durchſehbare Herrſchaft der Perſon über die Sache enthal-  
tenden dinglichen Rechts, indem es von der Devife: „das Eigenthum um jeden  
Preis dem Eigenthümer“ ausging. Deßhalb mußte auch der gutgläubige Er-  
werber einer fremden Sache dem vindicirenden Eigenthümer derſelben weichen  
und die von ihm beſessene Sache dem Kläger ohne jegliche Entſchädigung  
zurückgeben. Das römische Recht ſah auch in dieſer Hinſicht nur auf das  
Wohl und Wehe eines Einzelnen, nämlich des Eigenthümers. Ob darunter  
der die Geſamtheit intereſſierende Verkehr, ob der ſo vielfach auf Treu und  
Glauben baſierende Handel und Wandel litt, war ihm durchaus gleichgültig.  
Mochten daraus auch noch ſo mißliche Folgen für eine ganze Reihe von Perſonen ent-  
ſtehen, dem Eigenthümer mußte ſein Recht unter allen Umſtänden werden, ſein Eigen-  
thum mußte ihm bleiben, koſte es, was es wollte. Das deutſche Recht dagegen  
hatte, wenn es die Regel: „Hand muß Hand wahren“ aufſtellte, nicht die ſalus,  
das Wohl und Wehe des Einzelnen, ſondern die *summa ſalus publica*, das  
Beſte der Geſamtheit im Auge; der Schutz des die Sache vom erſten Em-  
pfänger Erwerbenden kam bei ihm nur in zweiter Linie in Betracht, er war  
ihm nur Mittel zum Zweck und dieſer Zweck war, den Rechtsfrieden zu ſichern,  
dem Verkehr eine möglichſt ſichere Grundlage zu geben. Ein Handels-  
verkehr, der nicht auf „Treu und Glauben“ baſiert iſt, konnte — wie das  
deutſche Recht richtig vorausſetzte — keine gedeihliche, geſunde Entwicklung  
nehmen. Eine Geſchäftſicherheit konnte überall nicht erzielt werden, wenn der  
dritte Erwerber einer beweglichen Sache zur Herausgabe derſelben an den  
urſprünglichen Eigenthümer genöthigt ſein ſollte und zudem noch, ohne eine  
Entſchädigung dafür verlangen zu können. Wo blieb jede Sicherheit, wie  
konnte man überhaupt einem Verkäufer vertrauen, wenn man jeden Augenbli-  
ck erwarten konnte, die gekaufte Sache an den urſprünglichen Eigenthümer zu  
verlieren? War der Käufer auch noch ſo ſehr im guten Glauben, er war  
eben, falls er ſicher gehen wollte, genöthigt, immer ſorgfältig nachzuſorchen, ob  
der Verkäufer zum Verkauf der Sache auch wirklich berechtigt war und zu  
dieſem Behuſe eventuell auf die vierte oder fünfte Hand zurückzugehen, welcher  
der erſte Eigenthümer den Beſitz der Sache übertragen hatte. Treu und Glauben  
mußten damit aus dem Geſchäftsverkehr ſchwinden und wo dieſes Lebenselement

alles Verkehrs nicht mehr vorhanden ist, da muß letzterer selbst mit Nothwendigkeit stoßen. Der jung aufstrebende Organismus des deutschen Rechts mußte — wie das garnicht anders sein konnte — solchen Mißständen gegenüber reagieren und eine solche Reaktion trat eben in Gestalt der Regel: „Hand muß Hand wahren“ oder „Wo Du deinen Glauben gelassen hast, mußt Du ihn wieder suchen“, auf. Es brach sich eben die Idee Bahn, daß, wenn der Eigenthümer die Sache selbst einem Andern übergeben und diese somit mittelbar der Machtvollkommenheit des Empfängers anheimgestellt habe, er auch die Folgen seines wenn auch unter Umständen ungegründeten Vertrauens selbst tragen und es sich gefallen lassen müsse, wenn die Strömung des Verkehrs, in die er ja seine Sache nun einmal gesetzt, dieselbe mit voller Rechtswirksamkeit einem dritten Erwerber zuführe\*). —

Erfuhr gleichwohl in der Folge die den dritten Erwerber zum Besten der allgemeinen Geschäftssicherheit schützende Regel: „Hand muß Hand wahren“ in manchen Statutarrechten gewisse Modifikationen, — das allgemeine Prinzip, nämlich daß die Bindikation dem Eigenthümer gegen einen dritten Erwerber nur dann zustand, wenn die erworbene Sache unfreiwillig aus dem Gewahrsam des ursprünglichen Eigenthümers gelangt, also geraubt oder gestohlen war, bei freiwilliger Besitzübertragung dagegen zessierte, behielt doch fortdauernde Geltung. Wie sich nun der Kampf des allmählich immer mehr eindringenden römischen Rechts und der letzterem eigenthümlichen Eigenthumsflage\*\*) mit jener rein deutschrechtlichen Regel in seinen einzelnen Phasen gestaltete, wie letztere trotz hartnäckigster Vertheidigung seiner Positionen theils in Folge der ausgleichenden, nivellierenden Einflusses des in Deutschland schließlich ganz rezipierten römischen Rechts, theils in Folge Mitwirkens anderer Faktoren so manche Abbröckelungen resp. Modifikationen erfuhr, wie aber das Grundprinzip der Regel sich trotzdem vielfach behauptete und wie sich endlich die neueren Gesetzgebungen zu ihr gestellt haben, das in seinen Einzelheiten zu schildern und aufzudecken, dürfte wohl eine der interessantesten Aufgaben sein, die sich der Rechtshistoriker sowohl wie der zivilistische Dogmatiker, der Sozialpolitiker nicht minder wie der Nationalökonom stellen könnte. Da solches indeß den Rahmen dieser, vornehmlich auf das ostsee-provinzielle Privatrecht bezugnehmenden Abhandlung in erheblichem Maße überschreiten dürfte, so erscheint es angezeigt, die Darstellung dieses Kampfes auf die Hervorhebung nur einiger wesentlicher

\*) So auch Bluntschli l. c. S. 207 und Dernburg „Pandekten“ B. I. (1896) § 212, S. 499.

\*\*) Beiläufig bemerkt weist Gierke „Deutsches Priv. R. B. II, S. 562 Note 46 auf die interessante Thatsache hin, daß der Satz „Hand muß Hand wahren“ vom gemeinen Sachsenrecht, das doch sonst gleichsam einer der Hauptrepräsentanten des deutschen Rechtsgedankens gegenüber dem römischen war — man denke nur an den Sachsenspiegel — schon seit dem 16. Jahrhundert abgeschafft worden ist. —

Punkte zu beschränken und von den neueren Gesetzgebungen auch nur die wichtigsten zu berücksichtigen.

Die eine Modifikation, der die Regel „Hand muß Hand wahren“ im Verlaufe ihrer weiteren Entwicklung in den einzelnen Statutarrechten unterlag, bestand zunächst darin, daß zum Schutze des dritten Erwerbers der Sache guter Glaube auf seiner Seite verlangt wurde\*). War der dritte Erwerber nämlich im bösen Glauben d. h. wußte er, daß dem Tradenten, mit dem er kontrahierte, eine Veräußerungsberechtigung nicht zustand, daß vielmehr ein Anderer das Eigenthum daran und die Sache seinem, des dritten Erwerbers Kontrahenten nur zu einem bestimmten Zweck freiwillig anvertraut hatte, so konnte er gegen die vindikation des ursprünglichen Eigenthümers nichts ausrichten, sondern mußte vielmehr die Sache und zwar wohl unentgeltlich — dem letzteren herausgeben. Das war die eine Konzeßion, die das deutsche Recht — vielleicht unbewußt und unbereitwillig — dem römischen Recht machte.

Die zweite Bresche, die zu Gunsten einer Annäherung an das römische Recht in den deutschrechtlichen Grundsatz gelegt wurde, betrifft die Fälle, wo die Besitzübertragung an der Sache vom Eigenthümer an einen Handwerker, Fuhrmann oder Schiffer zu Zwecken der Reparatur resp. zum Verführen und Versenden erfolgte. Veräußerte nämlich eine dieser Personen die ihr vom Eigenthümer übergebene Sache an einen Dritten, so konnte dieser dritte Erwerber, einerlei ob er sich beim Erwerbe in gutem oder bösem Glauben befand, die vindikation des ersten Eigenthümers von sich nicht abwehren, sondern mußte die Sache herausgeben, nach einigen Statutarrechten gegen Ersatz des vollen Werthes der Sache, nach andern nur gegen Erstattung des verabredeten Handwerks-, Fuhr- oder Schifferlohnes\*\*). Man kann die Frage aufwerfen: woher diese Ausnahme? Ist diese zweite Beschränkung unserer Regel durch eine Willkühr hervorgerufen\*\*\*)? Keineswegs. Es brach sich nämlich die Idee Bahn, daß die Uebergabe der Sache in diesem Falle nicht aus reinem Vertrauen und zu selbstsüchtigen Zwecken †), sondern in Folge

\*) Nach altem deutschem Recht konnte der Eigenthümer auch nicht einmal gegen den unredlichen Erwerber klagen d. h. mit andern Worten zum Schutze des Erwerbers wurde vom alten deutschen Recht guter Glaube auf seiner Seite nicht verlangt, vgl. Phillips, l. c. B. I, S. 456; Gierke „Deutsches Privatrecht“ B. II, § 134, S. 558 f., Note 30. Zuerst scheint die bona fides des Dritterwerbenden von den Hamburger Statuten verlangt worden zu sein, vgl. B. II, Tit. 2, Art. 7, dazu Gengler: „Lehrbuch des deutschen Privatrechts“ B. I, (1854), § 59, S. 246.

\*\*) Vgl. Bluntschli l. c. § 73, S. 211, v. Roth: System B. III, § 262, S. 347 Note 4, v. Stobbe: Handbuch, B. II, § 146, S. 567, Gerber, System, § 102, S. 275 f., Mittermaier: Grundsätze, B. I, § 138, S. 336.

\*\*\*) Dafür scheint zu sein Albrecht: Die Gewere, § 11, S. 94.

†) Dies Moment, nämlich die Eigennützigkeit des die Gewere übertragenden Proprietärs betont auch Albrecht, Die Gewere, § 11, S. 93 f., wenn er sagt, daß die Regel „Hand muß Hand wahren“ in ihrer vollen Schärfe überall gegolten habe, wo die

hierzu nöthigender Umstände stattfand. Der Eigenthümer mußte seine Sache reparieren lassen und sie daher, vielleicht sehr wider seinen Willen dem Handwerker zu jenem Behufe übergeben, er mußte ferner, wollte er den Wohnsitz ändern, seine Sachen einem Fuhrmann anvertrauen, damit er sie an den Ort seines neuen Domizils führe, und wie wollte endlich der Kaufmann überseeischen Handel treiben, wenn er die zu versendende Waare nicht dem Schiffer zum Verladen und Wegführen übergab? Trat somit die Freiwilligkeit der Besitzübertragung wegen Vorhandenseins von faktisch hierzu nöthigenden Bedingungen und Umständen mehr in den Hintergrund und konnte demgemäß auch von einem eigentlichen Vertrauen des Eigenthümers nicht mehr die Rede sein, so war es im Grunde nichts mehr als eine sich ganz natürlich ergebende Schlußfolgerung, wenn man, jenen besondern Zwangsverhältnissen Rechnung tragend, diese Fälle nunmehr den des unfreiwillig d. h. ohne den Willen des ersten Eigenthümers erfolgten Besitzverlustes gleichsetzen zu können glaubte. So gelangte man dazu, in Fällen dieser Art dem Eigenthümer die Eigenthumsklage gegen den dritten Erwerber mit voller Rechtswirksamkeit zu geben, nach Art. der rei vindicatio des römischen Rechts\*).

Sache, wie z. B. beim Depositum, vom Eigenthümer zu eigenem Vortheil dem Andern anvertraut worden sei, vgl. auch noch Phillips l. c. B. I, S. 461.

\*) Damit ist aber noch nicht erklärt, warum nach einigen Statutarrechten und so auch nach Prov. N. die Rückholung der vom Eigenthümer einem Handwerker, Schiffer oder Fuhrmann übergebenen und von ihm veräußerten Sache gerade gegen Entrichtung des ausbedungenen Handwerks-, Fuhr- oder Schifferlohnes seitens des ersten Eigenthümers an den Dritterwerber erfolgen mußte? Stobbe sieht den Grund für diese Eigenthümlichkeit darin, daß in manchen Rechtsquellen der Handwerker beispielsweise, dem sein Auftraggeber den Lohn noch nicht bezahlt hatte, das fertiggewordene Werk um diesen Betrag verpfänden oder veräußern durfte, wie er auch ein Retentionsrecht oder gesetzliches Pfandrecht an dem von ihm gearbeiteten Werk hatte (vgl. Stobbe l. c. B. II, S. 568 Note 28 u. Gierke: Deutsches Privatrecht, B. II, § 134, S. 560, Note 36.) Diese Erklärung wäre an sich nicht übel, aber doch bleibt noch Vieles dunkel. Denn man kann jetzt fragen: warum bekommt der dritte Erwerber den Lohnbetrag und warum gerade diesen, nicht mehr und nicht weniger? Damit er ihn dem Handwerker herausgebe? Allein dann müßte letzterer doch noch ad hoc eine Klage gegen den dritten Erwerber auf Erstattung des Lohnes anstrengen, mit welcher er aber nothwendig durchfallen muß, denn der dritte Erwerber hat den Lohn als Entgelt für die ihm entwundene Sache erhalten und braucht dieses Entgelt Niemandem herauszugeben. Und daß der Lohnbetrag vom Bindikanten oder gar vom dritten Erwerber dem Handwerker restituirt werden müsse, sieht in den Quellen nirgends und wird auch von Stobbe nicht behauptet. Weßhalb schlug man nicht den einfacheren Weg ein, dem dritten Erwerber den vollen Werth der Sache oder im Gegensatz hierzu gar kein Entgelt zu geben und den Handwerker mit seinem Lohnanspruch auf den Besteller d. h. den Eigenthümer zu verweisen? Und wie, wenn die Sache noch garnicht reparirt war, der Handwerker also die Bestellung überhaupt noch garnicht in Angriff genommen hatte? Oder wenn der Handwerkslohn geringer war als die dem Handwerker vom Dritten eventuell geliehene Summe? Und

Dagegen ist — abgesehen von diesen Fällen — Niemand verpflichtet oder sonst wie genöthigt, seine Sache einem Andern zur Aufbewahrung oder zum Gebrauch zu überlassen oder sie zu verpfänden, falls nicht besonders zwingende Umstände vorliegen. Die Abschließung derartiger Rechtsgeschäfte ist vielmehr nur seinem freien Willen überlassen und wenn er nun so aus freien Stücken Jemandem sein Vertrauen schenkt, indem er ihm seine Sache anvertraut oder verpfändet, so hat er es nur seiner eigenen Leichtgläubigkeit zuzuschreiben, wenn sein Vertrauen getäuscht wird. Hier muß also jegliche Rücksicht auf die Person des ersten Eigenthümers wegfallen, weil von einer Zwangslage desselben nunmehr nicht die Rede sein kann.

endlich, wie ist die Ausnahme bei Schiffen und Fuhrleuten zu erklären? Hier versagt offenbar die Stobbe'sche Erklärung gänzlich. Man könnte sagen: der dritte Erwerber verliert die ihm vom Handwerker für seine Forderung an letztern bestellte Sicherheit d. h. die ihm vom Handwerker übergebene Sache, er muß sie dem Eigenthümer restituieren und deshalb ist es vollkommen gerecht, wenn er von dem, der ihm seine Sicherheit entwindet, mit seiner Forderung an den Handwerker entschädigt wird. Weßhalb aber kann der Eigenthümer dem dritten Erwerber die Sache entwinden? (Vgl. darüb. d. Text, S. 140—141.). Etwa weil der Vertrauensmann des Eigenthümers zur Vornahme der Veräußerung oder Verpfändung berechtigt ist? Dann müßte der dritte Erwerber das Eigenthum resp. die Gewere wirklich erworben haben und nunmehr auch unangefochten behalten dürfen! Und wenn er sie dem Eigenthümer nun doch herausgeben muß, weßhalb gerade nur gegen den Betrag des vereinbarten Lohnes, mit dem der dritte Erwerber gar nichts zu thun hat, und nicht gegen den vollen Werthbetrag? Und wie, wenn die Sache an Werth den Fuhr-, Schiffer- oder Handwerkslohn überstieg? Albrecht, Die Gewere, S. 94 scheint folgenden Gedankengang zu haben: der Windfant sei verpflichtet gewesen, dem Dritten wenigstens das Interesse des ersten Empfängers an der Sache, z. B. den Lohn für Aufbewahrung von Waaren zu ersetzen, und nur gegen Erstattung dieses Interesses habe er die Sache dem Kontrahenten des ersten Empfängers d. h. seines Vertrauensmannes entziehen können. Aber aus welchem Grunde? Albrecht giebt darauf die Antwort: aus Rücksicht auf die Billigkeit! Wenn der dritte Erwerber wie z. B. beim Kommodat u. selbst die Wahrnehmung gemacht hatte, daß der erste Empfänger der Sache letztere ganz offen gebraucht und nützte, so verdiente er offenbar mehr Nachsicht und deshalb mehr Sicherheit gegen jede Inanspruchnahme als derjenige, von dem er Ähnliches nicht gesehen hatte, von dem er keinen Grund zur Annahme hatte, er sei Eigenthümer oder doch zur Vornahme der Veräußerung oder Verpfändung berechtigt! Damit ist aber wieder nicht erklärt, weßhalb, wenn nun dem dritten Erwerber durchaus geholfen werden soll, letzterer nur den Anspruch auf den Lohn, nicht auf den vollen Werth der Sache hat? Soll man annehmen, daß es sich hier um einen Anwendungsfall der in manchen Statutarrechten geltenden Regel handelt, daß der Dritte die Sache auf die Fahrnißflage des Eigenthümers herausgeben muß, wenn der Vertrauensmann des letzteren die Sache zum „Behalten zu treuer Hand“ erhalten und sie in der Folge veräußert oder unfreiwillig verloren hatte (vgl. Tierke, Deutsches Privatrecht, B. II, S. 559)? Aber damit ist die Beschränkung des Gegenanspruchs des beklagten Dritten auf den Handwerkslohn u. ebensowenig erklärt. Muß der Dritte die Sache



Die vorhin erwähnte Beschränkung der Regel „Hand muß Hand wahren“ wurde nun nicht nur — wenigstens nach einigen Statutarrechten — auf die Schiffer und Fuhrleute, sondern insbesondere auch auf die Dienstboten, denen ihre Dienstherrschaft Sachen zu irgend welchen Zwecken übergeben hatte, ausgedehnt. Eine solche Ausdehnung jener beschränkenden Ausnahme auf die Dienstboten mag in ganz derselben Weise, wie das bei den Handwerkern, Fuhrleuten und Schiffern der Fall war, begründet worden sein, ohne daß man genöthigt ist, den Grund hierfür darin zu suchen, daß in diesem Fall der Dienstbote gar keine Gewere (Besitz) an der ihm zur Besorgung vom Dienstherrn übergebenen Sache erlangt noch auch der Eigenthümer sich seiner Gewere an der Sache begeben habe, letzterer vielmehr noch durch die Person des Dienstboten den Besitz weiter ausübt (gleichwie durch die Hörigen im ältesten Recht)\*). Dieser Grund ist eben nur ein sekundärer, der primäre dagegen, daß der vom Dienstboten Erwerbende die Sache dem Vindikanten deshalb wiederum herausgeben mußte, weil der Dienstherr in vielen, ja den meisten Fällen genöthigt sein wird, die Sache seinem Dienstboten zur Besorgung zu übergeben, da er unmöglich alle derartigen Besorgungen selbst in Person machen kann und auf die Dienste seines Dienstboten eben angewiesen ist. Also auch hier ist die Uebergabe — gleichgültig ob damit auch die Gewere übertragen ist oder nicht — gewissermaßen eine unfreiwillige zu nennen, die Regel „Hand muß Hand wahren“ muß daher in Wegfall gelangen.

herausgeben, weshalb dann nicht ganz unentgeltlich? Nicht mehr für sich hat es, wenn man die Ausnahme auf den von einzelnen Quellen aufgenommenen Satz zurückführen wollte, daß die Fahnklage gegen den dritten Besitzer stets zugelassen wurde, wenn der Kläger sich bereit erklärte, dem Beklagten alles zu ersetzen, was dieser für die inanspruchgenommene Sache aufgewandt habe (vgl. Bierke l. c. S. 560), insofern nämlich aus der zuerst nur auf gutlichem Wege d. h. auf dem der freiwilligen Vereinbarung möglichen Rückerlangung der Sache nachher ein wahrer Lösungsanspruch entstand. Denn auch jetzt wird die Beschränkung auf den Ersatz des Handwerks-, Fuhr- und Schifferlohnes nicht verständlicher! Der Beklagte müßte doch nach dieser Erklärung z. B. im Fall einer Veräußerung berechtigt sein, den ganzen verausgabten Kaufschilling u. vom Eigenthümer zurückzuverlangen können. Außerdem konnte es sein — und war auch gewiß in der Regel der Fall — daß die vom Handwerker dem Dritten geschuldete Summe oder der Kaufpreis den Handwerkslohn u. überstiegen, wo alsdann der beklagte Dritte für eine nicht ihm, sondern einem Andern imputable Handlung Schaden erleiden würde! —

Soweit es sich um eine kostenfreie oder gegen den vollen Werthersatz erfolgende Herausgabe der Sache handelt, glauben wir die Lösung der Frage auf B. 140—142 des Textes angedeutet zu haben. Was dagegen die entgeltliche Herausgabe der Sache d. h. die Herausgabe gegen Entrichtung gerade des Handwerks-, Fracht- oder Fuhrlohnes anbetrifft, scheint das Problem noch einer weiteren Aufklärung zu bedürfen. —

\*) So z. B. Phillips, l. c., B. I, S. 451 f., der diesen Fall überhaupt nicht zu den gedachten Ausnahmen ziehen will, dagegen aber Albrecht, die Gewere, S. 94.

In je stärkerem Maße nun das römische Recht in Deutschland, insbesondere zur Zeit des erwachenden Humanismus um sich griff und die genuinen deutsch-rechtlichen Institute mehr und mehr verdrängte, um so stärkeren Angriffen sah sich auch die deutsch-rechtliche Eigenthumsklage in ihrer angezeigten eigenthümlich gefährzten Gestalt ausgesetzt. Von Bedeutung war aber auch der Umschwung, der sich — nachdem die Rezeption des römischen Rechts eine geschichtliche vollzogene Thatsache geworden war — auf dem Gebiete des Zivilprozesses — und hier wieder besonders auf dem des Besitzprozesses — vollzog. Mit der Gewere des mittelalterlichen Rechts verschwand auch der an letztere sich knüpfende eigenthümliche Besitzprozeß, um dem römisch-rechtlichen Besitzprozeß oder dem possessorischen Intodiktungsverfahren Platz zu machen, und was die hiermit zusammenhängende Eigenthumsklage anbetraf, so kam es zur Klagebegründung jetzt nicht mehr darauf an, ob der Eigenthümer die Sache wider seinen Willen verloren oder ob er ihren Besitz freiwillig auf den Empfänger übertragen hatte, sondern nur auf die Thatsache des Eigenthums an der Sache. Nur auf sein Eigenthum fundiert der Kläger fortan seine Klage\*). Damit war man zur rei vindicatio des römischen Rechts im reinsten Sinn des Wortes gelangt. Angesichts dieser Umwälzungen konnte es nicht fehlen, daß in manchen Ländern die Regel: „Hand muß Hand wahren“ ihre Geltung verlieren mußte. So kam sie beispielsweise in einigen Ländern z. B. in Sachsen, wie erwähnt, schon im sechszehnten Jahrhundert ab, in Bayern wohl noch früher\*\*), wogegen sie in andern Theilen Deutschlands sich mit der vorhin angegebenen Modification erhielt, daß der dritte Erwerber zwar die ihm vom Nichteigenthümer veräußerte Sache dem mit der Vindikationsklage auftretenden ursprünglichen Eigenthümer herausgeben mußte, allein nur gegen Ersatz ihres Werthes resp. des gezahlten Kaufpreises, was doch immerhin eine Abweichung vom römisch-rechtlichen Prinzip bedeutete. In nicht wenigen Rechtsgebieten jedoch erhielt sie sich trotz der mannigfachen Angriffe des römischen Rechts und trotz der meist nur im römischen Recht gebildeten und daher Alles einseitig romanisierenden theoretischen wie praktischen Juristen der damaligen Zeitperiode in ihrer ursprünglichen Reinheit, allerdings unter Beibehaltung des Erfordernisses eines seitens des dritten Erwerbers bona fide erfolgten Erwerbes. Die Variation, daß bei freiwilliger, auf einem Vertrauensverhältniß besonderer Natur basirender Besitzübertragung der dritte Erwerber dem die Vindikationsklage anstellenden Eigenthümer die Sache in dem Fall nur gegen Erstattung ihres Werthes oder des dafür gezahlten Kaufpreises oder des entrichteten Fuhr-, Schiffer oder Handwerkslohnes auszuliefern brauchte, wenn er sich beim Erwerbe im guten Glauben befand,

\*) Vgl. Stobbe: Handbuch, B. II S. 570 f.

\*\*) Vgl. Stobbe l. c., S. 570, v. Roth: System, B. III, S. 347, Note 5.

findet sich in verhältnißmäßig wenigen Rechtsgebieten. Auch hier haben wir es mit einer Verbindung zweier Ideen zu thun, nämlich des im römischen Recht ausgebildeten Eigenthumschutzes und der deutsch-rechtlichen Berücksichtigung der Verkehrssicherheit. \*) —

Um nun wieder auf den unfreiwilligen Besitzverlust zurückzukommen, so heben die Quellen hauptsächlich zwei Fälle, nämlich den des Diebstahls und des Raubes hervor. Andere Statutarrechte rechnen aber auch jeden sonstigen unfreiwilligen Verlust des Sachbesitzes hierher z. B. den durch Verwechslung, Verlorengehen oder Fortschwemmung\*\*) erfolgten. Wo derartige Fälle vorlagen, fand die Regel: „Hand muß Hand wahren“ keine Anwendung, der Eigenthümer der Sache, dem sie abhanden kam, konnte also mit vollem Erfolg gegen den dritten Erwerber klagen. —

Im älteren Prozeß lief die Klagebehauptung des Eigenthümers im Wesentlichen darauf hinaus, daß die Sache sein gewesen und es noch sei, daß er sie in seinem Besitze, seiner Gewere gehabt und daß er keine freiwillige Besitzübertragung oder Besitzüberlassung unternommen habe. Beschwört der Kläger das, so kann der Beklagte dagegen nur einwenden, daß der Besitzverlust ein freiwilliger gewesen sei. Gelang Beklagtem der Beweis seiner Einwendung nicht und konnte auch sein in den Streit eintretender Auktor einen solchen nicht erbringen, so mußte er unterliegen, eventuell Buße zahlen und konnte sich wegen Schadenersatzes nur an seinen Gewährsmann halten. Wie nun einerseits mit dem Eindringen des römischen Rechts das Institut der Gewere abkam und auch das Prozeßverfahren selbst eine radikale Umgestaltung erfuhr, so wurden andererseits auch von der Regel, daß bei unfreiwilligem Besitzverlust der dritte, wenn auch redliche Erwerber dem ersten Eigenthümer der Sache weichen mußte, schon früh einige Ausnahmen gemacht. Die wichtigsten waren folgende:

1) Wer auf öffentlichen Märkten, Messen oder in Kaufmannsläden eine Sache kaufte, wurde in seinem Erwerbe geschützt, auch wenn die Sache eine gestohlene oder geraubte war\*\*\*).

2) Nach dem Recht der Hansestädte, insbesondere dem Lübschen Recht wurde der welcher im Kriege erbeutete oder über „Sand und See“

\*) Vgl. Bluntschli l. c., S. 212.

\*\*) Vgl. überh. zu dem Vorhergehenden Stobbe: Handbuch, B. II, S. 564 ff. und Bluntschli: System, S. 211, sowie die daselbst angeff. Quellenbelege. Maurenbrecher l. c., B. I, § 235, S. 504; Phillips: l. c., B. I, S. 453 f.; Gierke: Deutsches Privatrecht, B. II, S. 556 f.; Albrecht: Die Gewere, § 11, S. 97.

\*\*\*). Vgl. Gierke: Deutsches Privatrecht, B. II, § 134, S. 556 f. u. S. 564; Phillips l. c. B. I, § 65, S. 456; Maurenbrecher l. c. B. I, § 235, S. 504; Gengler l. c. B. I, S. 248; Albrecht, Die Gewere, S. 96. — Denn hier wurde der rechtliche resp. redliche Ankauf eben einfach präsumiert.

gekommene d. h. auf dem Seewege eingeführte Sachen kaufte, in seinem Erwerbe gleichfalls geschützt \*).

3) Statutarrechtlich hatten auch Juden das Privilegium, daß sie gestohlene, aber gleichwohl vor ihnen bona fide d. h. in Unkenntniß des Diebstahls erworbene Sachen nur gegen Erstattung des Kauf- oder Pfandschillings dem bestohlenen Eigenthümer wiederzuerstatten brauchten \*\*).

In dem sub Nr. 1 genannten Falle trug die Rücksichtnahme auf die Sicherheit des Verkehrs den Sieg über die römisch-rechtlichen Prinzipien davon. Da man von dem Käufer nicht erwarten konnte, daß er sich seinen Verkäufer bestimmt gemerkt habe und in Folge dessen auch sofort denselben zur Stelle schaffen könne, so war er, insbesondere wenn es ihm am guten Glauben nicht mangelte, berechtigt, die Sache ganz für sich zu behalten oder sie doch nur gegen Erstattung des Kaufpreises dem wahren Eigenthümer zurückzugeben \*\*\*).

Was die über „See und Sand“ eingekommenen Sachen anbetraf, so galt das vitium ihres Erwerbes als durch den Seetransport getilgt und jeder Erwerber, der sich dann auf einen Erwerbstitel berufen kann, erlangt daran ein unantastbares Recht †). Im späteren Römischen Recht begegnen wir der Bestimmung, daß unfreiwillig entkommene Sachen, wenn sie durch drei Hände hindurchgegangen sind, ihrem gegenwärtigen Besitzer nicht mehr abgefordert werden dürfen. Jedoch unterlag gestohlenen und geraubtes Gut im Römischen Recht wiederum einer besonderen Behandlungsweise, insofern letzteres jedem Besitzer auch ohne irgend welche Ersatzpflicht abverlangt werden kann, sollte es auch auf offenem Markt gekauft worden sein ††). — Das Erforderniß, daß der dritte Erwerber, namentlich beim Erwerbe geraubter oder gestohlener Sachen, stets im guten Glauben befindlich gewesen sein müsse, wurde im Gegensatz zum älteren Recht späterhin immer regelmäßiger verlangt und sogar der Kauf auf Jahrmärkten und Messen wurde in manchen Partikularrechten nicht mehr begünstigt †††). Auch wurde es, wo sonst römisches Recht galt, üblich, Leihhäuser, Lombards, Banken und andere Kreditinstitutionen in Bezug auf das ihnen verpfändete Gut in jedem Fall gegen die Bindifikation des Eigenthümers gewissermaßen zu schützen, sei es nun unbedingt d. h. auch in dem Fall, wenn es sich um geraubte oder gestohlene Sachen handelte, oder bedingt d. h. nur in dem Falle, wenn die Sache vom Eigenthümer dem

\*) Vgl. Gierke: Deutsches Priv. R., B. II, S. 554, Phillips l. c. B. I S. 453; Maurenbrecher l. c. B. I, § 235, S. 504.

\*\*) Vgl. Albrecht: Die Gewere, S. 95 f. und die daselbst in Note 197 angeführten Quellenbelege.

\*\*\*) Vgl. auch Schulke l. c., S. 176—181.

†) Vgl. dazu Stobbe: Handbuch, B. II, l. c.,

††) Cfr. Stobbe Handbuch, B. II, S. 571.

†††) Vgl. die bei Stobbe l. c. S. 572 Note 13 angeführten Quellenbelege.

Verpfänder freiwillig anvertraut war, allein doch nur in der Weise, daß die Rückgabe bloß gegen Erstattung des auf das Pfand erteilten Darlehens resp. des Wertes der Sache zu erfolgen brauchte\*). Wieder andere Partikulargesetzgebungen unterschieden — wie wir sehen werden — überhaupt nicht zwischen den Fällen des freiwilligen oder des unfreiwilligen Besitzverlustes, sondern gewährten auch bei freiwilliger Uebergabe der Sache dem ursprünglichen Eigenthümer die Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer, auch wenn dieser in gutem Glauben war. Ueberall aber, wo die Regel „Hand muß Hand wahren“ sich erhielt, wurde — obgleich es im Einzelnen unsicher war, ob nur der Eigenthümer eine rei vindicatio oder auch der Nichteigenthümer eine *actio in rem scripta* habe — doch übereinstimmend verlangt, daß der dritte Erwerber sich auf dieselbe nur dann solle berufen resp. die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers nur dann mit Erfolg solle abwehren können, wenn er sich beim Erwerbe in gutem Glauben befunden habe. Endlich bildete sich auch der Grundsatz aus, daß der dritte Besitzer nicht nur die Vindikationsklage des ersten Eigenthümers zurückweisen konnte, sondern daß er geradezu das Eigenthum an der Sache erwarb: aus der bloßen negativen Beschränkung der Vindikationsklage war ein positiver Eigenthumserwerb geworden, eine Umbildung, die allerdings eine nur zögernde und auch nicht allgemeine Anerkennung seitens der einzelnen Gesetzgebungen erfuhr\*\*). — Somit war die Gestalt, in welcher unsere Regel in einigen neuern Zivilgesetzgebungen Eingang fand, diese:

Wer eine Sache von Jemandem erwirbt, dem sie der Eigenthümer freiwillig anvertraut z. B. verpfändet, depontiert oder geliehen hatte, kann sich gegenüber der vom ursprünglichen Eigenthümer derselben gegen ihn angestellten Eigenthumsklage mit der Berufung auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ vertheidigen und braucht infolgedessen die Sache weder entgeltlich noch unentgeltlich dem Kläger herauszugeben, jedoch nur, wenn er sich beim Erwerbe in gutem Glauben befand d. h. der Ueberzeugung war, daß Niemandem anders ein besseres Recht auf die Sache als seinem Kontrahenten zustand. Nur wenn die Sache vom Eigenthümer einem Diensthoten, Handwerker, Schiffer oder Fuhrmann zu Zwecken der Besorgung, Verarbeitung, Versendung oder Verführung übergeben war, soll der dritte Erwerber die vom Handwerker erworbene

\*) Vgl. Gengler, B. I, C. 248; Maurenbrecher l. c. B. I, § 239, C. 511; Phillips, l. c. B. I, § 66, C. 466; Stobbel l. c. C. 573; Gierke, Deutsches Priv. R., B. II, § 170, C. 1000.

\*\*) Vgl. darüber Gierke, Deutsches Priv. R., B. II, § 134, C. 566.

Sache — gewöhnlich gegen ein bestimmtes Entgelt, manchmal auch ohne ein solches — dem Eigenthümer zurückgeben \*).

I. Unter den Gesetzgebungen nun, die unsere Regel adoptiert haben, sind folgende zu nennen:

1. Oesterreichisches allgemeines B. G. B. § 267: „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweiset, daßer diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmann oder gegen Entgelt von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was einer anderen Absicht anvertraut hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu \*\*).

§ 368: „Wird aber bewiesen, daß der Besitzer entweder schon aus der Natur der an sich gebrachten Sache, oder aus dem auffallend zu geringen Preise derselben, oder aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder andern Verhältnissen einen begründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können; so muß er als ein unredlicher Besitzer die Sache dem Eigenthümer abtreten.“ —

2. Das neue Deutsche B. G. B. vom 10 Mai 1897. Es gehört hierher namentlich § 366:

„Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugniß des Veräußerers oder Ver-

\*) Ein prinzipieller Gegner unserer Regel scheint Gerber (System S. 276 Note 9) zu sein, der in einer derartigen Erschütterung des Eigenthumsrechts eine unweisse, Begünstigung des Obligationenrechts erblickt und das Bedürfnis derselben für den Kredit im Handelsverkehr für ein nur eingebildetes erklärt, wie dies die Erfahrung in den Ländern zeige, wo der Rechtsatz bislang nicht eingeführt worden sei. Die fortschreitende Begünstigung des bona fides müsse zur schließlichen Auflösung aller Grundlagen des Sachenrechts führen und an Stelle des wirklichen Rechts ein bloßes Scheinrecht setzen. — Diesen Ausführungen kann aber schwerlich beigeprägt werden, denn gerade umgekehrt hat die Erfahrung gezeigt, daß wo die Regel bestand resp. noch besteht, der Handelskredit und Rechtsverkehr auf einer durchaus gesunden, für die Weiterentwicklung das Beste hoffenden Basis beruhen sowie daß die Geltung der Regel nirgends zu der von Gerber gefürchteten Auflösung der Grundlagen des Sachenrechts geführt hat. — Vgl. auch gegen Gerber besonders Endemann: „Das Deutsche Handelsrecht“ (3 Aufl.), S. 344—35.

\*\*) Nach Oesterreichischem Recht war also Entgeltlichkeit des Erwerbes Voraussetzung für den dem Dritten gewährten Schutz, vgl. auch Stierke Deutsches Priv. R., B. II, § 134, S. 565.

pfänders, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, betrifft.

Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft. Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und Frachtführers steht hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abf. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich."

### 3. Das neue Deutsche B. G. B.

Es kommen hier folgende §§ in Betracht: Vor Allem der § 932. Derselbe besagt, daß bei einer durch Uebergabe der Sache erfolgten Veräußerung auch dann Eigenthum auf den Erwerber übertragen wird, wenn die übergebene Sache gar nicht im Eigenthum des Veräußernden stand, vorausgesetzt, daß er sich beim Erwerbe im guten Glauben befand d. h. daß er nicht etwa wußte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehörte. Für den Fall des *constituti possessorii* wird dabei verlangt, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt haben muß.

Wenn umgekehrt der Veräußerer an einer ihm nicht gehörenden Sache Eigenbesitz ausübt resp. auszuüben vermeint und das Eigenthum daran dem dritten Erwerber in der Weise übertragen will, daß er aus einem unmittelbaren d. h. Eigenbesitzer ein mittelbarer Besitzerwerb den will, (§ 930), so müßte es eigentlich genügen, wenn der Erwerber bei der diesbezüglich erfolgten gegenseitigen Willenserklärung sich nicht im bösen Glauben befand. Allein § 933 fordert hierzu speziell noch, daß die Sache dem dritten Erwerber vom Veräußerer übergeben worden sei und letzterer sich dabei nicht in bösem Glauben befunden habe.

§ 935 enthält dann endlich die bekannte Regel, daß bei dem Eigenthümer gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst wie (unfreiwillig) abhandengekommenen Sachen ein Eigenthümerwerb für den jeweiligen Erwerber nicht eintrete. Dasselbe soll gelten, wenn der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war und die Sache dem unmittelbaren Besitzer, also nicht dem Eigenthümer abhanden kam. Nach diesem § muß man also annehmen, daß in letzterem Fall auch guter Glaube dem Erwerbenden nichts hilft. — Keine Anwendung erleidet der § 935, wenn Gegenstand der Veräußerung Geld oder Inhaberpapiere waren und wenn die Veräußerung auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung erfolgte \*). Hervorgegangen sind diese §§ aus den §§ 306 und 307 des

\*) Vgl. zu diesem und dem Vorhergehenden den Aufsatz von Hufschong: „Betrug durch Veräußerung gestohlener Sachen" im 69. Jahrgang (1904) von *Seufferts Blättern für Rechtsanwendung*, Nr. 1, S. 8 f. sowie Buchka: „Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht" (3 Aufl., 1899) § 27, S. 203 f.

früheren Deutschen Handelsgesetzbuches vom 16 April 1871 resp. den §§ 366—368 ziff. des Deutschen H. G. B. vom 10. Mai 1897, wo im Ganzen dieselben Grundsätze enthalten sind \*). —

4. Im Ganzen ähnliche Bestimmungen enthält das Schweizerische Obligationenrecht. Nach Art. 205 erlangt nämlich der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigenthumsrecht an derselben, wenn der Veräußerer auch nicht Eigenthümer derselben war, und unter derselben Voraussetzung erlöschen alle sonstigen dinglichen Rechte an der Sache, z. B. Pfandrechte. Nur auf gestohlene und verlorene Sachen soll sich das — wie Art. 206 vorschreibt — nicht beziehen, insofern diese jedem Inhaber, auch dem gutgläubigen abverlangt werden können. Sind aber solche, obwohl gestohlene oder verlorene Sachen in öffentlicher Versteigerung, auf einem Markte oder von einem mit derartigen Waaren handelnden Kaufmann gutgläubig erworben worden, so muß der sie zurückverlangende ursprüngliche Eigenthümer dem gutgläubigen neuen Erwerber den dafür bezahlten Preis zurückerstatten und letzterer braucht sie ihm nur gegen eine solche Rückerstattung herauszugeben (Art. 206). Für die Reklamation gestohlener oder verlorener Sachen ist demselben Artikel zufolge eine Verjährungsfrist von 5 Jahren festgesetzt. — Art. 208 enthält Folgendes:

„Vorbehältlich der Bestimmungen des vorhergehenden Artikels ist der Eigenthumsanspruch ausgeschlossen: 1. bei Banknoten und verfallenen Coupons; 2. bei Inhaberpapieren, welche gegen Entgelt und in gutem Glauben aus Händen erworben wurden, deren Gesetzgebung die Eigenthumsklage nicht zuläßt.“ Und Art. 209 bestimmt:

„Werden Waaren durch Lagerscheine (Ladescheine oder ähnliche Papiere) vertreten, so gilt der gutgläubige Erwerber des Scheines als Eigenthümer der Waare. Steht ihm aber ein gutgläubiger Besitzer der Waare selbst gegenüber, so geht dieser letztere mit seinem Eigenthumsanspruch oder sonstigen dinglichen Rechte vor.“

Diese Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts bilden die Grundlage unserer Lehre im „Vorentwurf zum Schweizerischen Obligationengesetzbuch“ v. J. 1900. Wir begnügen uns daher mit einer wörtlichen Wiedergabe der einschlägigen Artikel:

\*) Mit alleiniger Ausnahme freilich der Behandlung des guten Glaubens; insofern der Begriff desselben im H. G. B. mehr als im S. G. B. gefaßt ist: Nach dem H. G. B. ist derjenige redliche Erwerber, der der Ueberzeugung lebte, daß der Veräußerer zur Verfügung über die Sache befugt war: die Ueberzeugung von der Eigenthümserqualität des Veräußerenden wird nicht gefordert; ein Umstand, der von Bachka offenbat übersehen wird. Vgl. überhaupt Dernburg: Pandekten, B. I § 212, C. 499.



§ 976: „Ist eine bewegliche Sache von ihrem Besitzer einem Andern anvertraut worden, so ist, wer sie von diesem im gutem Glauben zu Eigenthum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht erhalten hat, in seinem Erwerbe zu schützen.“

§ 977: „Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst unfreiwillig abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern.“

Ist die Sache öffentlich versteigert oder auf dem Markt oder in einem Laden von Waaren der gleichen Art übertragen worden, so kann sie jedem spätern gutgläubigen Empfänger nur gegen Vergütung des von ihm gezahlten Preises abgefordert werden . . .“

§ 978: „Geld und Inhaberpapiere können, auch wenn sie dem Besitzer unfreiwillig abhanden gekommen sind, dem gutgläubigen Empfänger nicht abgefordert werden.“

§ 979: „Wer den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, kann von dem früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden.“

Als einzige Abweichung wäre hier zu konstatieren die Einschränkung der vindikation gestohlener, geraubter oder sonst wie abhandengekommener Sachen auf einen als Verjährungsfrist sich darstellenden Zeitraum von fünf Jahren, eine Bestimmung, die sich, wie späterhin gezeigt werden soll, im Code wiederfindet. —

5) Der neue Entwurf eines Ungarischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dieser weist eine fast noch größere Uebereinstimmung mit dem Deutschen B. G. B. auf, wie die folgenden §§ ergeben werden.

§ 629: „Durch eine gemäß der §§ 625—627 erfolgte Uebertragung wird der Erwerber — es sei denn, daß er nicht im guten Glauben ist, — auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht Eigenthum des Uebertragenden war.“

Ist der Erwerber zur Zeit der Uebertragung schon im Besitze der Sache (Alinea 2 des § 625), so ist dazu, daß er Eigenthümer werde, auch das erforderlich, daß ihm der Uebertragende selbst die Sache in Besitz gegeben habe.

Im Falle des § 626 wird der Erwerber, wenn der Besitzer dem Uebertragenden gegenüber vermöge eines die Sache belastenden Rechtes oder eines Rechtsverhältnisses zum Besitze berechtigt ist (523), mit der Abtretung der Forderung, widrigenfalls aber erst dann Eigenthümer, wenn die dritte Person ihm die Sache in Besitz giebt . . .“

§ 630: „In den Fällen des § 629 ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn er weiß oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß die Sache nicht Eigenthum des Uebertragenden sei . . .“

§ 631: „Auf Grund des § 629 tritt der Erwerb des Eigenthums nicht ein, wenn dem Eigenthümer die Sache gestohlen oder geraubt wurde oder wenn der Eigenthümer den Besitz der Sache ohne seinen Willen auf andere Weise verlor. Das Gleiche gilt, wenn den Besitz der Sache in der erwähnten Weise ein Besitzer verlor, der dem Eigenthümer gegenüber vermöge eines die Sache belastenden Rechtes oder eines Rechtsverhältnisses zum Besitze berechtigt gewesen ist (§ 523).

Die Vorschrift des Alinea 1 findet keine Anwendung auf Geld, auf Inhaberpapiere, auf Papiere, die mittelst Indossements übertragen werden können, sowie auf Sachen, die jemand bei einer öffentlichen Versteigerung oder von einem Kaufmann in dessen Geschäftskreise beziehungsweise von einem sich mit dem Verkaufe derartiger Sachen befassenden Gewerbetreibenden oder Produzenten, oder an einem Orte und zu einer Zeit angekauft hat, wo und wann derartige Sachen gewöhnlich verkauft werden.“

§ 632: „Mit dem Erwerbe des Eigenthums an einer beweglichen Sache erlischt das Recht, das die Sache zu Gunsten einer dritten Person belastet, es sei denn, das der Erwerber zur Zeit des Erwerbes von dem Rechte Kenntniss hatte . . .“ —

#### 6. Das Französische Privatrecht (Code civil).

Art. § 2279: „En fait de meubles la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient . . .“

Art. 2280: „Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'achetée, dans une foire ou dans un marché ou dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.“

Aus dem gesperret gedruckten ersten Satz des Art. 2279 kann — wie das auch allgemein geschieht — gefolgert werden, daß bei allen nicht gestohlenen, geraubten oder verlorenen, also bei anvertrauten Sachen die Winkifikation gegenüber dem dritten Erwerber solcher Sachen ausgeschlossen erscheint. Jedoch ist dazu — wie aus der angeführten Stelle hervorgeht — eigenthumsgleicher Besitz auf Seiten des dritten Erwerbers erforderlich\*). Ob aber der Besitzer in gutem Glauben gewesen sein muß, ist in der Literatur bestritten\*\*), im Hinblick auf die Artt. 2230 und

\*) v. Roth: System, B. III, S. 350 f.; Stobbe: Handbuch, B. II, S. 574.

\*\*) Nicht erforderlich ist der gute Glaube nach Zachariae-Grohe: Handbuch des Französischen Civilrechts B. I, (8. Aufl. 1894) § 122, S. 235 f.

2268 des Code indeß richtiger zu bejahen\*), woher denn der bösgläubige Erwerber der Vindikation des ersten Eigenthümers ausgesetzt ist.

Besonderheiten des Französischen Rechts sind es, wenn die Vindikation gestohlener, geraubter oder abhanden gekommener Sachen nur gegen Ersatz ihres Werthes oder des dafür gezahlten Kaufpreises zur Herausgabe an den klägerischen Eigenthümer führt, sowie wenn die Klage bei Verlust derselben innerhalb einer dreijährigen Verjährungsfrist angestellt werden muß\*\*). —

#### 7. Das Italienische Zivilgesetzbuch.

Das Italienische Zivilgesetzbuch stimmt auch in dieser Regel mit seinem Mutterrecht, dem Code, ziemlich genau überein. Nur wird bei dem in Art. 707 enthaltenen französisch-rechtlichen Prinzip: „En fait de meubles la possession vaut titre“ das Erforderniß des guten Glaubens deutlicher als im Code hervorgehoben, während Art. 702 den allgemeinen, also auch für die Mobilienindikation geltenden Grundsatz des französischen Rechts ausspricht, daß die Redlichkeit auf Seiten des Besitzers immer vermuthet, das Gegentheil daher bewiesen werden müsse. In Bezug auf die Statthaftigkeit der Vindikation bei unfreiwillig aus dem Besitz gekommenen d. h. entwendeten oder verloren gegangenen Sachen, sowie andererseits wieder auf die Zulässigkeit einer solchen Vindikation bei Sachen, die auf Märkten, Messen, öffentlichen Versteigerungen oder von einem mit dergleichen Gegenständen handelnden Kaufmann gekauft werden, allein nur gegen Ersatz des dafür gezahlten Kaufpreises gelten gleichfalls die Grundsätze des Französischen Rechts. Nur beträgt die Frist, innerhalb welcher die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers wegen verlorener, gestohlener oder sonst wie unfreiwillig aus seinem Besitz gekommener Sachen bei Verlust derselben gegen den jeweiligen Besitzer angestellt werden muß, nicht, wie im Französischen Recht fünf, sondern nur zwei Jahre, vgl. den Italienischen codice civile Art. 2146. —

II. Andere Gesetzgebungen wieder, wie z. B. das Züricher Gesetz § 651, lassen die Vindikation gegen den dritten Erwerber zwar zu, allein nur,

v. Roth: System, B. III, S. 351, scheinbar auch nach Förlsch: Der Code civil, (2 Aufl. 1899) S. 66, erforderlich ist er nach Stobbe: Handbuch B. II, S. 574, u. Gierke, Deutsches Priv. R., B. II, § 134, S. 565. Vgl. auch dazu die bei Zachariae-Crome 1. c. Note 2 Angeführten.

\*) Nach 2230 wird die Rechtmäßigkeit des Besitzes stets vorausgesetzt und Art. 2268 spricht es gerade zu aus, daß die Präsuntion stets für den guten Glauben spreche, die unredliche Absicht aber stets von dem, der sie behauptet, erwiesen werden müsse.

\*\*) Es handelt sich hier nicht um eine Präklusivfrist, (vgl. Meili: „Das internationale Civil- und Handelsrecht“ B. I (1902) § 97 S. 396; v. Roth: System, B. III, S. 350 f. Note 24), sondern um eine wahre Verjährungsfrist.

wenn der Besitz der Sache einem Andern anvertraut war, und nur gegen Erstattung des dafür gezahlten Preises, wogegen bei unfreiwilligem Besitzverlust — also wenn die Sache gestohlen, entwendet oder geraubt war — die Rückgabe derselben an den vindizierenden Eigenthümer unentgeltlich zu erfolgen hat\*).

III. Das Sächsische Gesetzbuch folgte dem römischen Recht. Es läßt die Vindikation gegen jeden Besitzer, den gut = wie den bösgläubigen zu, nur verpflichtete es den Eigenthümer, dem gutgläubigen Erwerber den Kaufpreis zu ersetzen, wenn er die Sache auf öffentlicher Auktion, oder auf Messen und Märkten von einer zum Handelsbetrieb berechtigten Person erstanden hat (§ 315)\*).

2. Das Preussische Landrecht steht wie das Sächsische Gesetzbuch auf dem Boden des römischen Rechtes\*\*). Demnach. war auch hier die Eigenthumsklage gegen jeden Besitzer, auch wenn er in gutem Glauben war, zulässig. Nur wenn ein gutgläubiger Erwerber nachweisen konnte, daß er die Sache von einer unberächtigten Person auf Messen, Märkten oder überhaupt von Dritten erworben hatte, welche derartige Sachen öffentlich feilhalten, konnte er vom Kläger wenigstens den Ersatz des Kaufpreises fordern, während die vom Fiskus, in einer öffentlichen Auktion oder in Läden gilbenmäßiger Kaufleute erhandelten Sachen jeglicher Vindikation entzogen waren (vgl. B. I, 15, §§ 17, 18, 19, 25, 26, 44, 42—44).

Die beiden unter III angeführten Gesetzgebungen — die mit Einführung des neuen bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich natürlich außer Kraft gesetzt sind — hatten also mit der Regel: „Hand muß Hand wahren“ insofern gebrochen, als die Vindikation gegen den dritten Erwerber stattfand sowohl in dem Falle unfreiwilligen Besitzverlustes wie z. B. bei verlorengegangenen oder gestohlenen Sachen, als auch bei freiwilliger Besitzübertragung, also wenn z. B. die Sache vom Eigenthümer einem Andern anvertraut wurde. —

Uebersieht man nun die bisher angeführten Gesetzgebungen und vergleicht sie mit einander, so erkennt man, daß sie sich in drei Gruppen einteilen lassen, je nach der Wirkung, die sie dem Handwahrhandprinzip beilegen. Die eine Gruppe will in unserer Regel nichts mehr als eine bloße Beschränkung der Eigenthumsklage sehen. Zur Annahme eines Eigenthumsverlustes durch den Dritten wollen sie sich entweder garnicht oder doch nur zögernd verstehen. Ebenfalls sprechen sie diese Folge nicht direkt aus. Hierher gehören der Französische Code civil, der Italienische codice civile und das Oesterreichische B. G. B., das wenigstens schon zum wirklichen Eigenthumsverluste überleitet. Die zweite

\*) Vgl. Gierke: Deutsches Priv. R., B. II, § 184, S. 552 f.

\*\*) Vgl. Gierke: Deutsches Privatr., I. a.

Gruppe spricht die Folge des Eigenthumserwerbes durch den dritten Erwerber ausdrücklich aus und hat mit dieser Ausgestaltung dem deutschen Rechtsgedanken zum endgültigen Siege über römisch-rechtliche Engstzichtigkeit verholfen. Zu ihr sind zu rechnen: das Deutsche Handelsgesetzbuch vom J. 1871 resp. von 10 Mai 1897, das Schweizerische Obligationenrecht, das Deutsche B. G. B., der Entwurf des Ungarischen B. G. B. und der Schweizerische Vorentwurf\*). — Zur dritten Gruppe endlich gehören diejenigen Gesetzbücher, die, wie z. B. das Preussische Landrecht und das Sächsische G. B., über die Regel: „Hand wahre Hand“ entweder hinausgehen oder hinter ihr zurückbleiben. —

Allen bisher angeführten Gesetzgebungen gemeinsam scheint es dagegen zu sein, daß sie die Ausnahme von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ nämlich die Zulassung der vindikation, wenn der Dritte die Sache von einem Handwerker, Fuhrmann, Schiffer oder Dienstboten erworben hatte, dem sie der Eigenthümer zur Reparatur, zum Versenden, Verführen oder Besorgen übergeben hatte, nicht adoptiert haben. —

IV. Wir gelangen nunmehr zum ostseeprovinziellen Privatrecht, das — wie aus dem Titel unserer Arbeit ersichtlich — den Haupttheil dieser Arbeit einzunehmen haben wird. In dieser Beziehung ist nun hervorzuheben, daß die Kodifikation des ostseeprovinziellen Privatrechts vom J. 1864 die Regel: „Hand muß Hand wahren“ in ihrer vollen ursprünglichen Reinheit mit den oben erwähnten gemein-deutsch-rechtlichen Ausnahmen aus dem deutschen Privatrecht adoptiert hat. Nach Art. 923 Th. III des Prov. R. S. soll nämlich die Eigenthumsklage gegen den dritten Erwerber ganz wegfallen, wenn der Eigenthümer die bewegliche Sache einem Andern anvertraut d. h. freiwillig in Verwahrung gegeben, verpachtet oder auf andere Weise weggegeben, der Empfänger aber den Besitz auf einen Dritten weiter übertragen hat, in welchem Falle der Eigenthümer sich nur an den ersten Empfänger d. h. an seinen Vertrauensmann, nicht aber an den gutgläubigen dritten Besitzer der Sache halten kann. Wie nun einerseits dieser Rechtsatz als Ausnahme von der in Art. 876 gleichfalls rezipierten römisch-rechtlichen Eigenthumsklage erscheint, die nach ebendemselben Artikel den Eigenthümer berechtigt, seine Sache von jedem dritten Besitzer reivindikatorisch zurückzufordern, so läßt er andererseits — in Uebereinstimmung mit der deutschrechtlichen Entwicklung — unter den von ihm in den folgenden Artikeln statuierten und späterhin näher zu erörternden Ausnahmen auch die zu, daß nach Liv- und esthländischem Stadtrecht der dritte Erwerber derjenigen Sachen, die vom Eigenthümer einem Handwerker, Fuhrmann oder Schiffer zum Verarbeiten oder Verführen übergeben und von diesem dem Dritten veräußert oder verpachtet wurden,

---

\*) Vgl. auch S. 151.

solche dem gegen ihn mit der Eigenthumsklage auftretenden ersten Eigenthümer gegen Erfaß eines bestimmten Betrages wieder herausgeben muß (Art. 926), während es hinsichtlich der geraubten, gestohlenen oder verlorenen Sachen bei der in Art. 876 ausgedrückten allgemeinen Regel bleiben muß. —

Der Th. III des Prov. R. s charakterisirt sich als Kodifikation. Darin ist enthalten, daß es sich nicht um eine gänzliche Neuordnung der Privatrechtsnormen, nicht um die Schaffung eines von Grund aus neuen Zivilgesetzbuches, sondern zunächst nur um die Aufzeichnung resp. gesetzgeberische Fixirung von im Großen und Ganzen schon früher in Geltung gewesenen Rechtsätzen handelt, wiewohl natürlich so Manches neu geordnet, so manche gemeinrechtliche resp. dem germanischen Recht angehörige Kontroverse in diesem oder jenem Sinne entschieden wurde. Dieses Privatrecht nun, wie es in die Kodifikation vom Jahre 1864 hinübergenommen wurde, war und ist ein römisch-deutsches d. h. es beruht zum Theil auf römischer, zum Theil auf germanisch-rechtlicher Grundlage, was ein Blick auf die zu den einzelnen Artikeln der Kodifikation zitierten Quellen zur Genüge beweist. — Da nun bekanntlich die Besiedlung der baltischen Ostseeprovinzen von Deutschland aus erfolgte, somit also mit der deutschen Kultur deutsche Rechtsanschauungen und deutsche Rechtsbücher hierher verpflanzt wurden, so war es natürlich, daß die privatrechtliche Basis in der ersten Periode eine durchweg deutschrechtliche war und blieb, bis gegen Ende der bischöflichen und Ordensperiode, also gegen Ende des sechzehnten resp. Anfang des siebzehnten Jahrhunderts, nach D. Schmidt schon im 15-ten Jahrhundert\*), in Kurland noch etwas später das römische Recht\*\*) immer mehr eindrang und von prävalterendem Einfluß wurde. Ebenso natürlich aber war es daher auch, daß die dem alten deutschen Recht entstammende Regel: „Hand muß Hand wahren“ von den Rechtsquellen der älteren Zeit alsbald rezipiert wurde und in dieser Periode genügend feste Wurzel gefaßt hatte, um den Kampf mit den späterhin eindringenden römisch-rechtlichen Elementen, insbesondere mit der rei vindicatio des römischen Rechts aufnehmen zu können.

\*) Vgl. dessen (von Nottbeck herausgegebene) Schrift: „Rechtsgeschichte Liv- und Kurlands“ in B. III der „Dorpater Juristischen Studien“, (von den Proff. Erdmann, Engelmann und Rohland herausgegeben, 1894) S. 131, ff. — Freilich waren die treibenden Faktoren für die Einbürgerung des römischen Rechts in den Ostseeprovinzen andere wie in Deutschland, wie auch eine Rezeption des römischen Rechts in dem Maße und Umfange, wie sie in Deutschland vor sich ging, hier nicht stattfand und auch nicht stattfinden konnte. In der Hauptsache war es nämlich der stetige, nie lockerwerdende innere geistige Zusammenhang des damaligen livländischen Ordensstaates mit seinem Mutterlande Deutschland, das ersterem ein nicht unbedeutendes Kontingent einheimischer, auf deutschen Universitäten gebildeten Juristen lieferte, die dann natürlich die in Deutschland empfangenen Rezeptionsideen hierher verpflanzten.

\*\*) Vgl. Bunge: „Einleitung in die liv-, esth- und kurländische Rechtsgeschichte und Geschichte der Rechtsquellen“ (Reval 1849) § 67, S. 174 f. und § 96, S. 260 f.

Dieser Kampf aber, soweit er insbesondere die verschiedene Auffassung und Ausgestaltung der *Eigentumsklage* wegen *Mobilien* betraf, wie konnte er sich anders gestalten, wie ehemals im deutschen Mutterlande? Und sind die Nachrichten, die sich uns über den Verlauf dieses Kampfes im Einzelnen erhalten haben, auch noch so spärlich: daß er stattgefunden hat und stattgefunden haben muß, zeigt uns die Modifikation selbst, so wie sie uns in ihrer heutigen Gestalt vorliegt. Denn, wie wir sahen, hat der Th. III des Prov. R. die römisch-rechtliche *Vindikationsklage* voll und ganz adoptiert und die in Art. 923 enthaltene Regel: „Hand muß Hand wahren,“ wie die Anmerkung zu Art. 876 ausdrücklich bemerkt, nur als *Ausnahme* zugelassen, die ihrerseits wieder durch verschiedene Ausnahmen und Modifikationen durchbrochen wird. Da aber in der ältesten Zeit das römische Recht in den Ostseeprovinzen noch garnicht galt, somit also die osterwähnte deutschrechtliche Regel nothwendig eine allgemeinere, breitere Grundlage und Geltung gehabt haben muß, so muß der Kampf ein lebhafter und heißer gewesen sein, wiewohl er in der Folge auch hier damit endete, daß das deutsche Recht seine Position, wenn auch nur in Gestalt einer *Ausnahme*, nach dieser Richtung behauptete. Daß sich nun der geschilderte Gegensatz zwischen den Prinzipien des römischen und denen des deutschen Rechts auch auf dem Gebiete der Praxis — und zwar noch im neunzehnten Jahrhundert — geäußert hat, dürfte angesichts der nothwendigen Beziehung von Theorie und Praxis zu einander und ihres wechselseitigen Einflusses auf einander schon aus dem Umstande erhellen, daß uns gerade von den damaligen Hauptvertretern der Theorie, nämlich den ehemaligen Professoren der Dorpater Juristenfakultät Bunge und Madai berichtet wird, wie gerade die *Eigentumsklage* den Hauptgegenstand ihres gegenseitigen wissenschaftlichen Streites bildete. In der von W. Greiffenhagen\*) mitgetheilten Autobiographie des — jetzt schon dahingegangenen — greisen Rectors baltischer Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte Dr. jur. F. G. v. Bunge wird uns nämlich berichtet, daß Professor Madai als Romanist die deutschrechtliche Regel: „Hand muß Hand wahren“ als unrichtig bekämpfte, während Bunge als Germanist die römische *Vindikation* in Beziehung auf *Mobilien* als für das praktische Rechtsleben ungeeignet und den Verkehr hemmend verworfen habe, sowie daß Punkt dieser nicht nur Gegenstand andauernder mündlicher Diskussionen zwischen beiden Juristen zu sein pflegte, sondern auch auf schriftlichem Wege in den damals gerade herausgegebenen „Theoretisch-praktischen Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten“, bei welchem Bunge den germanischen, Madai dagegen den romanistischen Theil besorgte, ausgefochten wurde. Die Veranlassung dazu gab Bunge in seinem Werke: „Das liv- und esthländische Privat-

\*) Vgl. dessen Schrift: Dr. jur. Friedrich Georg von Bunge (Reval 1891) S. 17.

recht" B. I, (Renal, 1847.) in §§ 138 ff. S. 285 ff. In demselben behandelte nämlich Bunge die Eigenthumsklage wegen beweglicher Sachen und gelangte hierbei auf Grund der Quellen zu dem letztern durchaus entsprechenden Resultate, daß sowohl das livländische als auch das esthländische Recht (vgl. Cap. 172 des Umg. v. R. R., Band IV, Tit. 2, Art. 7 und Lüb. R. B. III, Tit. 2, Artt. 1 und 2) in dieser Beziehung die dem deutschen Recht entstammende Rechtsparömie: „Hand muß Hand wahren“ rezipiert hätten. Dementsprechend stellte Bunge folgende — im Großen und Ganzen auch in die Kodifikation übergegangene — Grundsätze auf:

1. Nach livländischem Landrecht ist bei der Vindikation einer beweglichen Sache zu unterscheiden, ob diese wider Willen ihres ursprünglichen Eigenthümers aus seinem Gewahrsam gekommen, also z. B. geraubt oder gestohlen war, oder ob er sie freiwillig aus seinem Gewahrsam gelassen d. h. ihren Besitz einem Andern anvertraut so z. B. die Sache dem Andern geliehen, versetzt oder bei ihm deponiert hatte. Wenn nun ein Dritter die Sache erwirbt und in seinem Besitz hat, so soll die Vindikationsklage nur im ersten Falle gegen ihn mit Erfolg angestellt werden können. Im zweiten Fall dagegen findet die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers gegen ihn nicht statt, er behält die Sache und der erste Eigenthümer kann sich ihretwegen nur an seinen ursprünglichen Kontrahenten, dem er sein Vertrauen geschenkt hatte, halten: „wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen.“

2. Dieselben Grundsätze gelten auch nach dem esthländischen Ritter- und Landrecht sowie nach dem Lübischen (esthländischen) Stadtrecht.

3. Dem Rügischen Stadtrecht ist die Rechtsparömie in diesem Umfange unbekannt, jedoch enthält es die auch im Lübischen Recht geltende Bestimmung, daß die Vindikationsklage auch gegen den dritten Erwerber stattfindet, wenn letzterer die Sache von einem Handwerker erwarb, dem sie der Eigenthümer zum Verarbeiten übergeben hatte. Jedoch braucht die Rückerstattung an den Eigenthümer auch in diesem Falle nur gegen Ersatz des gezahlten oder zu zahlenden Macherlohnes zu erfolgen. Im Ganzen dieselben Grundsätze werden von Bunge in seinem Werke: „Das curländische Privatrecht“ (Dorpat 1851) § 134, S. 244 ff. aufgestellt. —

Gegen Bunge wandte sich alsbald Madai in seinem Aufsatze: „Ueber die Vindikation beweglicher Sachen nach Esthländischem Landrecht“ in B. III der „Theoretisch-praktischen Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten“ S. 386—392. In diesem Aufsatz bemühte sich Madai, getreu seiner Eigenschaft als Romanist, die mannigfachen Inkonvenienzen, die der Rechtsatz: „Hand muß Hand wahren“ seiner Ansicht nach im praktischen Verkehrsleben mit sich brächte, in das rechte Licht zu rücken. Allein abgesehen davon, daß, wie auch Bunge selbst in der neuesten Auflage seines „liv- und esthländischen Privatrechts“ B. I, S. 287



Note c bemerkt, M a d a i mit seinen Ausführungen thatsächlich nichts mehr als die Unmöglichkeit nachwies, die Grundsätze der römisch-rechtlichen Eigenthums-klage mit jener deutsch-rechtlichen Regel in Einklang zu bringen, so sind die angeblichen bei Anwendung der Regel erwachsenden Schwierigkeiten, auf die M a d a i hinweist, wenigstens zum Theil nur selbstkonstruierte, die im praktischen Rechtsleben eben garnicht möglich sind. So setzt z. B. M a d a i folgenden Fall: der Eigenthümer eines Buches leiht dasselbe dem A. Diesem wird es gestohlen und vom Diebe dem B, der unter Umständen von dem Diebstahle garnichts weiß, verkauft. A, der Bestohlene kann zweifellos die Eigenthumsklage gegen den B nicht anstellen, denn das Eigenthum am Buche war ja auf ihn garnicht übergegangen, er war nur Kommodatar, der Eigenthümer des Buches hatte ihm dasselbe nur geliehen. Allein — angenommen, daß die einschlägige Stelle des Ertl. Mitt.- und Land-Rs. Art. 4, Tit. 21, B. IV auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ geht — ist der Käufer B nicht verpflichtet, das Buch dem ersten Eigenthümer auf dessen Klage hin zurückzugeben? Denn zweifellos kann er es nicht erlösen, weil es gestohlenes Gut ist, das er ohne Erstattung der Kaufkosten wem gehörig ausliefern muß. Die Frage ist zu verneinen, denn eben vermöge der in Art. 4 zum Ausdruck gebrachten Regel: „Hand muß Hand wahren“ soll ja die Klage des ersten Eigenthümers mit dem Moment erloschen sein, wo das Buch mit seinem Willen aus seinem Gewahrsam gekommen ist. Folglich befindet sich der Erwerber der gestohlenen Sache, wenn die Regel: „Hand muß Hand wahren“ zur Anwendung gelangen soll, in der höchst eigenthümlichen Lage, einerseits zur Herausgabe der Sache nicht gezwungen werden zu können, weil die rei vindicatio eben versagt und andererseits auch die Usukapionsmöglichkeit nicht zu besitzen, weil es sich ja doch um gestohlenes Gut handelt. — Allein diese Konstruktion leidet an einem von M a d a i übersehenen Fehlschluß. Denn die Ausnahmen von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ bezogen sich auch schon im ältern deutschen Recht nicht ausschließ-lich auf die Fälle, wo die Sache ohne den Willen des ersten Eigenthümers aus dessen Gewahrsam kam, also direkt ihm selbst persönlich gestohlen oder geraubt wurde. Vielmehr fanden sie auch dann statt, wenn die Sache dem Vertrauensmann des Eigenthümers wider seinen Willen abhanden kam, in welchem Fall ersterer sogar allein zur Vindikation berechtigt war\*). Letzteres galt namentlich für die alte Anefangsklage. Späterhin mochte sich als Resultat römisch-rechtlicher Beeinflussung die Idee Bahn gebrochen haben, daß der Besitz der Sache durch den ersten Empfänger — also in unserem Falle der A — gleichsam als Stellvertreter des Eigenthümers für Letzteren und im Namen desselben ausgeübt worden sei. Wurde also die Sache

\*) Vgl. auch Maurenbrecher l. c. B. I, S. 506.

dem Stellvertreter des eigentlichen Besitzers gestohlen oder geraubt, so war es gerade so, als ob sie dem Eigenthümer selbst, der ja in der Person des Stellvertreters den Besitz noch immer ausübte, abhanden gekommen sei, als ob er, der Eigenthümer, nicht der Stellvertreter die Sache wider seinen Willen verloren habe. Der eigentliche Verletzte war nur der Eigenthümer \*). Aber das war wohl nur das Resultat späterer Entwicklung. In dem von Madai angeführten Beispiele ist aber die dem Eigenthümer des dem A. gestohlenen Buches zustehende Eigenthumsklage gegen den B keineswegs auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ erloschen, sondern besteht vielmehr wegen Unanwendbarkeit dieser Regel ungeschmälert fort, woraus folgt, daß die von Madai betonte Schwierigkeit, daß ein gutgläubiger Erwerber die erworbene Sache nicht ersitzen und doch andererseits nicht der Klage des ursprünglichen Eigenthümers auf Herausgabe derselben zu weichen brauche, eine lediglich selbstkonstruierte ist, die in praxi garnicht eintreten kann. Denn der neue Erwerber muß die Sache eben in diesem Falle dem vindikanten unweigerlich herausgeben. Auch die bei freiwilliger Besitzübertragung von Madai l. c. S. 389 aufgeworfene Frage, wer in diesem Falle das Eigenthumsrecht an der vom Besitzer dem dritten Erwerber veräußerten Sache habe, der ursprüngliche Eigenthümer, sein Kontrahent, dem er freiwillig den Besitz übertrug oder endlich der dritte Erwerber, der sie von dem vorigen erwarb, die er in dem Sinne entscheidet, daß die betreffende Sache keinem von diesen Personen gehöre, sondern *res nullius* bleibe und nur als solche vom Dritten zu Eigenthum erworben werden könne, kann in Wahrheit nicht entstehen, da es keinem Zweifel unterliegt, daß der Dritte auch ohne Usurpation das Eigenthum an der Sache — aber nicht *jure romano*, sondern *jure germanico* — erworben, der ursprüngliche Eigenthümer daher selbiges zusammen mit der Eigenthumsklage verloren hat.

Endlich ist aber auch Madai's Ansicht, Art. 7 zit. des Esthl. Mitt- und Land-Rs. handle nur vom Darlehen (*mutuum*), auf welches die Regel: „Hand muß Hand wahren“ ipso jure keine Anwendung finden könne — wenn man auf den Wortlaut der Stelle näher eingeht — offenbar unhaltbar, worauf wir noch später zurückkommen werden. —

Wie es nun einerseits nicht anders möglich war, als daß diese auf dem Gebiete der Wissenschaft sich abspielenden Gegenläge auch die Kodifikation des baltischen Privatrechts beeinflussen und hier selbst deutliche Spuren zurücklassen mußten, so erscheint es andererseits auch ganz erklärlich, wenn die Schriftsteller nach der Kodifikation d. h. nach dem J. 1864 über die tatsächliche Rezeption der Regel: „Hand muß Hand wahren“ unter sich unmöglich mehr uneinig sein konnten. Es blieb ihnen nur übrig — oder schien es wenigstens — das Anwendungsgebiet

\*) Vgl. auch Stobbe, B. II, § 146, S. 63 und S. 571, Note 6.

jener Rechtsparömie genau zu begrenzen, ihr Verhältniß zur römisch-rechtlichen Eigenthumsklage und überhaupt die einzelnen Voraussetzungen dieser Regel festzustellen. — Diesem sucht nun eine Abhandlung meines hochgeehrten, einstigen Lehrers, des jetzt verstorbenen Professors der Provinzialrechte in Dorpat Dr. C. Erdmann, unter dem Titel „Die vindikation beweglicher Sachen nach provinziellem Recht“ in Jahrg. IV der „Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Dorpat“ (1873) S. 285 ff. gerecht zu werden. Allein seine Untersuchungen beschränken sich hauptsächlich auf die Beantwortung zweier Fragen, nämlich erstens, ob im Falle des Art. 923 Th. III des Prov. Rs das Eigenthum des Klägers erlösche oder ob bloß seine Klage zeitweilig sistirt werde, und zweitens, ob das Erforderniß des guten Glaubens bloß beim ersten Käufer resp. Erwerber der Sache oder auch bei dessen Rechtsnachfolgern vorhanden gewesen sein müsse? — Auf diese Weise ist es gekommen, daß unter Anderem auch folgender sehr wichtige Punkt bei ihm keine Erledigung gefunden hat. Wie nämlich — so kann man fragen — hat man sich das Verhältniß der in Art. 923 ausgedrückten Rechtsparömie: „Hand muß Hand wahren“ und der von derselben im Th. III des Prov. Rs statuierten Ausnahme zu den diesbezüglichen strafrechtlichen Gesetzenormen, wie sie im Russischen Strafbuch enthalten sind, zu denken? Weder in der provincialrechtlichen, noch in der Literatur des deutschen Privatrechts findet sich darüber auch nur die geringste Andeutung, wiewohl doch auch für jede ausländische Gesetzgebung, welche unsere Regel im Prinzip anerkannt hat, die Entscheidung der Frage von Wichtigkeit sein muß, welche Rolle in dieser Lehre die doch unzweifelhaft überall vorhandenen Strafbestimmungen über Unterschlagung und Diebstahl spielen sollen? Wer eine Sache, deren Gewahrsam ihm der Eigenthümer übertragen hat, einem Andern veräußert, wird häufig damit eine Unterschlagung oder Verschleuderung d. h. also jedenfalls ein kriminelles Unrecht begehen, ob schon Solches durchaus nicht stets und überall der Fall zu sein braucht, so z. B. wenn er bona fide die Veräußerung vornahm. Erwägt man nun, daß es sich gerade hier um einen ausgesprochenen Fall der in jeder Wissenschaft überaus schwierig zu behandelnden und deshalb meistens gefürchteten Grenzgebiete, nämlich um das Grenzgebiet zwischen Zivilrecht und Strafrecht handelt, wo also nicht nur zivil- sondern auch strafrechtliche Grundsätze mehr oder weniger eingehende Erörterung finden müssen, so erklärt sich vielleicht damit die fast geflüssentliche Ignorierung der strafrechtlichen Seite, die bei der Regel: „Hand muß Hand wahren“ unter Umständen hervortreten kann, und ihrer Beziehung zur zivilrechtlichen Seite. —

Bei Erdmann — der auch in B. II seines Systems des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Esth- und Curland (Riga 1891) § 141, S. 194 Note 5 sich nur auf die kurze Bemerkung beschränkt, daß die zivilrechtliche

Wirkung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ unbeschadet des durch den treulosen Zwischenkontrahenten verübten kriminalrechtlichen Thatbestandes der Unterschlagung aufrechtzuerhalten sei — mögen noch eine fast prinzipielle Abneigung gegen das Russische Recht und eine daraus resultierende geffentliche Uebergang desselben hinzukommen, die hier wie auch sonst auf sein System keine günstige Wirkung ausgeübt haben. Und doch entstehen an dieser Stelle gerade für das Recht der Ostseeprovinzen mehrere sehr interessante Fragen, so namentlich, ob der Art. 1664 des Russischen Reichsstrafgesetzbuchs durch Art. 923 Th. III des Prov. R. modifiziert ist, sowie ferner, ob die in Art. 1664 zit. enthaltene Vorschrift, auf Grund welcher alles entwendete Gut im Entdeckungsfalle unverzüglich dem Bestohlenen zurückgegeben werden muß, auch für den Fall der Unterschlagung und des Raubes (Artt. 1637 ff. u. 1681 ff. des Reichsstrafgesetzbuchs) zu gelten hat, oder ob sie wenigstens im Unterschlagungsfalle der in Art. 923 Th. III des Prov. R. ausgedrückten Regel: „Hand muß Hand wahren“ weichen muß? In der Praxis scheint man hier geschwankt zu haben, insofern bald das zivilrechtliche Moment der in Art. 923 Th. III des Prov. R. ausgedrückten Regel: „Hand muß Hand wahren“, bald das kriminalrechtliche Moment der sofortigen Abnahme der gestohlenen, resp. unterschlagenen Sache (Art. 1664 des Strafgesetzbuchs) als entscheidend angesehen und diese Wirkung trotz des Art. 923 Th. III des Prov. R. auch für den Fall der Unterschlagung ausgesprochen wurde\*). — Weiterhin kommt die Beziehung der strafrechtlichen Bestimmungen über die Fehllerei (Art. 1701—1703) des Reichsstrafgesetzbuchs zu Art. 923 Th. III des Prov. Rechts in Frage und endlich ist die Bestimmung der russischen Kriminalprozeßordnung Art. 375 (B. XVI des Cb. Zak.), wo die Vorschrift des Art. 1664 des Strafgesetzbuchs über sofortige Abnahme und Rückgabe des etwa gefundenen gestohlenen Gutes wem gehörig wiederholt wird, nicht außer Acht zu lassen. —

Wie schon früher bemerkt wurde, hat sich mit dem deutschen Recht im Allgemeinen auch die Regel: „Hand muß Hand wahren“ im Speziellen in den baltischen Landen seit Alters her eingebürgert. Allein nur deshalb vermochte sich diese Lehre bis in die einzelnen Details hinein auszubilden, weil ihre Rezeption und nachherige Verarbeitung seitens der indigenen Rechtsquellen zu einer Zeit erfolgen konnten, wo von einem Eindringen des römischen Rechts mit seiner absoluten Eigenthumsfrage noch gar keine Rede war. Indes wie die einzelnen statutarrechtlichen Quellen unter sich in manchen, wenn auch nur geringfügigen Punkten abwichen, so mußte dasselbe — wenn nicht in noch stärkerem Maße — im Verhältniß zum deutschen Recht und seinen Quellen

\*) Vgl. die Zwingmann'sche Sammlung der Präjudikate der Rigaschen Stadtzivilgerichte B. VII Note 1263, S. 79 f. u. B. IV Note 504, S. 55 f.

stattfinden, obſchon in den Grundzügen, wie ſchon geſagt, ganz gewiß volle Uebereinkunft herrſchte. — Das zeigt ſich gleich bei der mit unſerer Lehre in ſo engem Zuſammenhange ſtehenden *Mobiliareigenthumsſache*, nämlich der *Sache* mit *Anfang* (*anfang*, *anfang*). — Dieſelbe fand ſtatt, wenn der Eigenthümer ohne ſeinen Willen die Gewere an ſeiner Sache alſo z. B. durch Raub, Diebſtahl 2c. verloren hatte. —

Allein dieſe durch mehr oder minder ſolenne Formen ausgezeichnete *Sache* brauchte nach deutſchem Recht garnicht angeſtellt zu werden. Kein Eigenthümer konnte dazu gezwungen werden, vielmehr ſtand es Jedem frei, ſein ihm abhandengekommenes Eigenthum ſtatt mit der an läſtigem Formentram überreichen *Anfangſache* mittelſt einer ſogenannten „ſchlichten Anſprache“ zu verfolgen. — Für das alte oſtſeeprovinzielle Recht muß dieſe ſogar ausnahmsloſe Regel geweſen ſein, denn letzterem war die *Anfangſache* des deutſchen Rechts überhaupt unbekannt. Die gegentheilige Anſicht Erdmann's in ſeiner zit. Schrift S. 290 iſt durch den Umſtand hervorgerufen, daß die Glosſe zu Art. 36 B. II. des *Sachsenspiegels* das bei der *Anfangſache* in beſtimmten Fällen zu beobachtende Verfahren als *mos Livonicus* bezeichnet. — Die nähere Ausführung hat zu bemerken: handelte es ſich inſbeſondere um die *Rechtſprechung* abhandengekommener Hausthiere, ſo mußte der ſchwörende Eigenthümer es mit *Hand und Fuß berühren*\*). Unter den *Sächſiſchen Rechtsbüchern* wird das namentlich im *Magdeburgiſchen Rechtsbuch* Art. 133 vorgeſchrieben, wo es heißt:

„He ſal mit ſime rechten voſze deme pferde treten uff den linken voſz vorne und ſal mit ſiner linken hant dem pferde grifen an ſin rechte ore.“ —

und ferner auch im *Büneburger Recht*:

„He ſchal gahn dem perde an die vordern halve und ſchal ſinen lüchtern voet ſetzen up des perdes vordervoet u. ſchal aver dat pert taſten u. nemen mit der lüchtern hant dat pert bi dem lüchtern ore u. leggen de vordern hant up de hilligen u. ſweren, dat it pert ſin were, do he it leſt ſege. So vake alſe one dat entrücket den voet edder dat ore, ſo vaken weddet he 8 ss,“

ſowie im *Magdeburgiſchen Stadtrecht*\*\*). —

Auch die erwähnte Stelle aus dem *Sachsenspiegel* (II., 36) kennt die *Sache* mit *anfang*, und die dabei zu beobachtenden Formlichkeiten, ohne indeß die *Berührung* des rechten Ohrs zu nennen. Wohl aber bemerkt die Glosſe zu dieſer Stelle:

---

\*) Vgl. Grimm: *Deutſche Rechtsalterthümer* B. II (1828) S. 588 f.

\*\*) Vgl. Grimm l. c. 589.

„Hie sagen etliche leut, wenn sich einer etwas unterwindt, so soll er im treten auf den rechten fusz und es nehmen bei dem rechten ohre, obs viehe ist, da kere dich nicht an,“

und fügt am Rande die Bemerkung: „mos livonicus“ hinzu,\*) was Erdmann wie gesagt, zu der irrthümlichen Annahme geführt hat, als ob die Anefangs-klage auch in den Ostseeprovinzen (dem livländischen Ordensgebiet) Eingang gefunden hätte. — Dem ist aber umsomehr zu widersprechen, als sich der Ausdruck weder in den Delrich's'schen Statuten noch sonst wo in den Quellen des alten resp. des späteren livländischen Rechts findet und wenn er auch in den ältesten Urkunden hin und wieder vorkommt, so wird er doch in einem ganz andern Sinne gebraucht. Daß aber das Verfahren mit anefang wenigstens kein spezifisch altlivländisches gewesen sein kann, wird durch eine ganze Reihe von bei Grimm l. c. angeführten Zeugnissen über Vorkommen desselben in den verschiedensten Statutarrechten des nördlichen Deutschland außer Frage gestellt\*). —

Was nun im Einzelnen die ältesten Quellen des baltischen Rechts anbetrifft, so finden wir daselbst die Regel: „Hand muß Hand wahren“ bereits in deutlichen Umrissen vor, so z. B. in Cap. XIV § 3 des sogenannten Livländischen Rechts spiegels in Cap. 172 des mittleren Livländischen Mitterrechts, in Art. 123 der Busendorf'schen Redaktion der Rigischen Statuten und Art. 143 des Lübisches Stadtrechts. Alle vier Rechtsbücher behandeln — aber auch nur beispieelsweise — die Normalfälle, wo Jemand eine ihm gehörige Sache einem Andern geliehen oder verpfändet hat und letzterer dieselbe einem Dritten verkauft oder wo er derselben infolge Diebstahls oder Raubes verlustiggeht. In diesen Fällen kann sich der erste Eigenthümer — so heißt es in allen drei Rechtsbüchern übereinstimmend — wegen seines Eigenthums nicht an den dritten Erwerber, sondern nur an den halten, dem er freiwillig die Gewere an seiner Sache übertragen hatte d. h. an seinen ursprünglichen Kontrahenten, ohne daß es auf den guten oder bösen Glauben auf Seiten des dritten Erwerbers irgend etwas ankommt. — Läßt der Eigenthümer die Sache dagegen nicht freiwillig aus seinem Gewahrsam, sondern wird sie ihm (nicht seinem Kontrahenten) gestohlen oder geraubt, so muß der nunmehrige Erwerber derselben sie unentgeltlich dem vindizierenden Eigenthümer herausgeben, ja er wird sogar („an Leib, Gut und Ehr“) straffällig, wenn er nicht beweisen kann, daß er sie auf öffentlichem Markte gekauft hat. (Livl. Rechtspiegel Cap. XIV § 2). Allein herausgeben muß er die Sache dem ursprünglichen Eigenthümer auch in diesem Fall und zwar ganz ohne Entgelt d. h. ohne den gezahlten Kaufpreis zurück-

\*) Gr. Grimm l. c. S. 589.

\*) Vgl. v. Bunge: „Geschichte des Gerichtswesens und Gerichtsverfahrens in Liv-, Esth- und Curland“ (Reval, 1874) S. 327.

verlangen zu können. Diesen Grundsatz enthält auch Cap. 145 des M. L. R. Nur weicht letzteres in der einen Beziehung von den vorhergenannten Rechtsbüchern ab, daß die strafrechtlichen Folgen für den dritten Erwerber des gestohlenen oder geraubten Gutes dann nicht eintreten sollen, wenn er die betreffende Sache auf offenem Markte „ohne zu wissen, von wem“ erstanden hatte\*), worin vielleicht das erste Zugeständniß an das Erforderniß des guten Glaubens — wenn auch nicht zu Gunsten des (zivilrechtlichen) Eigenthumserwerbes — gesehen werden könnte. —

Wie dem aber auch sei, jedenfalls geht aus diesen Rechtsquellen zweierlei hervor:

1. Die Frage, ob der erste Eigenthümer seine Sache vom dritten Erwerber abfordern kann, wird von dem objektiven Momente abhängiggemacht, ob der Eigenthümer die Sache freiwillig aus seinem Besitze gelassen und einem Andern übertragen hatte oder ob sie ohne seinen Willen aus seinem Gewahrsam gekommen d. h. geraubt oder gestohlen war. Im ersten Fall ist die vindikation gegen den neuen Erwerber nicht zulässig, im zweiten ist sie es und zwar ohne jeden Ersatz.

2. Auf den guten Glauben beim dritten Erwerber soll es in zivilrechtlicher Hinsicht gar nicht ankommen\*\*).

3. Wird die Sache nicht dem ersten Eigenthümer, sondern dem, welchem er den Gewahrsam daran übertragen hatte, geraubt oder gestohlen, so treten für den ersten Eigenthümer die Folgen freiwilliger Besitzübertragung ein, somit fällt also die vindikation dem dritten Erwerber gegenüber — auch wenn er im bösen Glauben war — nichtsdestoweniger fort\*\*\*).

4. In den Fällen, wo der dritte Erwerber — wie beim unfreiwilligen Besitzverlust — restitutionspflichtig wird, kann er vom vindizierenden Eigenthümer keinen Ersatz für das gezahlte Kaufgeld verlangen, auch wenn er im guten Glauben war, sondern muß sich seiner Schäden und Kosten wegen an seinen unmittelbaren Kontrahenten halten.

5. Die Frage, inwiefern bei freiwilliger Besitzübertragung der Kontrahent des ersten Eigenthümers, dem die Sache wider seinen Willen aus dem Gewahrsam kam d. h. gestohlen oder geraubt wurde, mit der entsprechenden Klage gegen den Dieb, Räuber oder den gutgläubigen dritten Er-

---

\*) Vgl. M. L. R. Cap. 145, § 3.

\*\*) Vgl. Erdmann in der zit. Abhandlung S. 203. Daß derselbe Grundsatz auch in den alten deutschen Rechtsquellen zu finden war, so z. B. im Sachsenspiegel, darüber vgl. Gierke, Deutsches Priv. R. B. II, § 134, S. 558; vgl. auch Phillips l. c. B. I, S. 465.

\*\*\*). Vgl. „Offizielle Geschichte des Liv-, Esth- und Curländischen Privatrechts“ § 76, S. 114; Erdmann in der zit. Abhandlung S. 203.

werber auftreten kann und mit welchem Erfolge, scheinen die genannten Quellen nicht zu regeln. —

6. Die Eigenthumsklage fällt gegenüber dem dritten Erwerber der Sache auch dann weg, wenn der Empfänger d. h. der Kontrahent des ersten Eigenthümers arglistig handelte d. h. doloserweise die Sache weiter veräußerte\*). —

Schon das M. L. Ritt. R. Cap. 193 und das Lübishe Stadtrecht Art. 78 kannten übrigens den Satz, daß der dritte Erwerber der Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers weichen mußte, wenn ihm die Sache von einem Anächte des ersten Eigenthümers verspielt, verpfändet oder verkauft wurde. Der gute Glaube half ihm dabei garnichts. — Uebrigens galt sowohl nach Lübischem Stadtrecht (Art. 125), als auch nach M. L. Ritt. R. (Cap. 146) der Grundsatz, daß der dritte Erwerber geraubter oder gestohlener Sachen sich der vindikation des ersten Eigenthümers erwehren konnte, wenn er seinen Auktor benannte. Ein Unterschied bestand nur darin, daß nach Lübischem Recht der Erwerber nur auf seinen nächsten Auktor, letzterer auf den seinigen und der Dritte wieder auf den seinigen zurückgehen mußte, wogegen nach dem M. L. R. R. ein Zurückgehen des Besitzers bis auf den letzten Gewährsmann erfordert wurde\*\*). —

Die angegebenen Grundsätze waren für den Eigenthumserwerb an Mobilien während der Ordensperiode maßgebend. — Aber auch in der polnischen und schwedischen Herrschaft wurde diese Materie durchweg von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ beherrscht\*\*\*), ohne daß das schon in dieser Periode allmählich eindringende römische Recht instandbezwungen wäre diese Eigenthümlichkeit rein deutschrechtlicher Entwicklung wieder zu verwischen. — Der Hilgen'sche Landrechtsentwurf erwähnt freilich der vindikation beweglicher Sachen überhaupt nicht. Allein gerade dies Schweigen scheint auf eine Beibehaltung dieser Regel hinzudeuten. Der spätere Engelbrecht-Mengden'sche Entwurf dagegen — der so wie der vorige eine gesetzliche Sanktion eigentlich nie erhalten hat — steht schon ganz im Banne des römischen Rechts, wie er überhaupt das einheimische, aus Deutschland überkommene Recht dem römischen Recht gegenüber in auffallender Weise vernachlässigt†). Als eine Folge davon erscheint es, wenn der Entwurf, entsprechend der in der Praxis dieser Periode schon vielfach bemerkbaren Schwankung, die römisch-rechtliche Eigenthumsklage betreffs der Mobilien rezipiert hat††). Allein auch

\*) Dff. Gesch. des Priv. Rs 1. c.

\*\*) Vgl. Dff. Gesch. des Priv. Rs S. 113 f., anders Erdmann in der zit. Abhandlung S. 293, f.

\*\*\*) Vgl. Dff. Gesch. des Priv. Rechts S. 165.

†) Vgl. auch D. Schmidt, Rechtsgeschichte S. 249 (§ 78).

††) Vgl. B. II Cap. 19, § 5.



hier schimmert die Anerkennung unserer Regel mehr oder weniger durch, denn in B. II Cap. 19 § 14 wird betont, daß der Käufer gestohlener Sachen verpflichtet erscheine, dieselben sogar ohne jedes Entgelt dem Eigenthümer wieder herauszugeben und Cap. 21, § 63 *ibid.* erklärt den Verkauf der einem Handwerker zur Reparatur übergebenen Sache seitens des Letzteren für nichtig, gestattet also damit dem ersten Eigenthümer die vindikation derselben. Daraus kann geschlossen werden, daß außer den genannten Fällen der dritte Erwerber freiwillig aus der Gewere gelassener Sachen gegen die vindikation ihres ursprünglichen Eigenthümers geschützt war. Somit hätten wir es also hier mit einer mittelbaren, indirekten Anerkennung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ zu thun\*), die nur das eine Bedenkliche hat, daß sie sich auf ein *argumentum e contrario* stützt, mit dem man namentlich bei Interpretation älterer Quellen leicht auf Irrwege gerathen kann. — Dasselbe ist mit dem Schrader-Budberg'schen Landrechtsentwurf der Fall. Auch hier gelangt man nur mittelst Rückschlusses aus B. IV Art. 11 § 4 des Entwurfs, der die vindikation gestohlener Sachen Jedermann gegenüber freigiebt, zur Unanwendbarkeit derselben bei freiwillig vom Eigenthümer aus der Gewere gelassenen und von einem Dritten erworbenen Sachen. —

Mit am Reinsten und Unverfälschtesten hat sich der Grundsatz: „Hand muß Hand wahren“ im Esthländischen Ritter- und Landrecht erhalten\*\*).

Art. 7 tit. II. B. IV. desselben bestimmt nämlich:

„Es mag kein Creditor oder Gläubiger dasjenige, was er einem geliehen und in des Schuldners Gewehr einmahl kommen lassen, bei einem Dritten, in dessen Hände es mit gutem Titel gekommen, aussprechen noch fordern, besondere er muß sich an seinen Debitoren, dem er einmal getrauet, halten.“

Die dem corpus juris civilis entlehnten, auf das Darlehn bezüglichen Citate zu dieser Stelle hatten Madaï in seinem Aufsatz: „Das Römische Recht in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht“ (Theoretisch-praktische Erörterungen B. I. S. 274 ff.) auf die Vermuthung geführt, als handele die Stelle bloß vom Darlehn und könne folglich auf die deutschrechtliche Regel: „Hand muß Hand wahren“ nicht bezogen werden und in dieser Annahme bestärkte ihn noch der Umstand, daß der Titel II., dem der genannte Art. 7 inkorporiert ist, die Ueberschrift führt:

„Von Entleihen und Leihen oder Vorgen, zu Latein Mutuum genannt.“

Das will aber schwerlich etwas beweisen. Denn die Ueberschrift lautet eben nicht „von Entleihen oder Leihen“, sondern von „Entleihen und Leihen“ Das „Entleihen“ wird also vom „Leihen“ unterschieden und da liegt es wohl auf der Hand, den ersteren Ausdruck, nämlich „Entleihen“ nicht auf das römische

\*) Vgl. Erdmann l. c. S. 295 f.

\*\*) Vgl. Off. Gesch. des Priv. Rs S. 165.

mutuum, sondern vielmehr auf das commodatum zu beziehen, womit also die Möglichkeit, Art. 7 gerade von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ zu verstehen, gegeben wäre, umsomehr, als auch die Ueberschrift des IV Buches: „Von Contrakten, Besitz, Eigenthum, Gewähr und Verjährung.“ in Betracht zu ziehen ist.

Allerdings ist nicht zu übersehen, daß der Titel IV seiner Ueberschrift zufolge seinerseits vom Commodat handelt. Allein immerhin ist es möglich, daß der Verfasser des Esthländischen Ritter- und Landrechts dem Art. 7 irrthümlich eine unrichtige Stellung angewiesen hat, aus der man daher keine sicheren Schlüsse zu ziehen vermag. Hauptsächlich aber wird die Ansicht Madai's unhaltbar, wenn man die Worte: „und in des Schuldners Gewehr einmahl kommen lassen“ berücksichtigt. Wenn der Gläubiger dem Schuldner Geld als Darlehn hingab, so entäußerte er sich damit keineswegs seiner „Gewere.“ Dieser Begriff war überhaupt beim Darleihen garnicht anwendbar, sondern setzte stets eine individuell bestimmte nichtvertretbare Sache und zwar entweder eine bewegliche oder eine unbewegliche voraus. —

Auch die dem corp. jur. civ. entnommenen Zitate zum Art. 7 belegen nichts zu Gunsten der Madai'schen Auffassung. Sie liefern vielmehr nur einen Beweis dafür, wie sehr sich im Uebrigen — abgesehen von unserer Regel — das Esthländische Ritter- und Landrecht auf römisches Recht zu stützen bemüht war. Von dem Requisit einer bona fides auf Seiten des dritten Erwerbers findet sich also hier noch gar keine Spur, nur vom rechtmäßigen Erwerbstitel ist die Rede. Das Erforderniß des guten Glaubens war vielmehr nur von dem Alles mehr oder weniger romanisierenden Kommentator des Lübischen Rechts Mevius letzterem aufgezwängt worden. Und doch mußte — worauf insbesondere auch Erdmann in der zit. Abhandlung S. 297 hinweist — dem alten deutschen Recht, das besonderes in dieser Lehre noch immer die Basis des Esthländischen Ritter- und Landrechts bildete, jenes Requisit um so eher fremd sein, als es schon in der freiwilligen Besitzübertragung, in dem leichten Vertrauen, daß der Eigenthümer der Sache seinem Kontrahenten gegenüber an den Tag legte, einen ausreichenden Grund für die Vorschrift, sich nur an den ursprünglichen Kontrahenten, nicht dagegen an den dritten Erwerber der Sache halten zu können, erblickte. — Was zwischen dem treulosen Kontrahenten und dem dritten Erwerber späterhin vorging, vermochte an dem bereits ausgebildeten, also zur Perzeption gelangten Klagerechte des ersten Eigenthümers nichts mehr zu ändern. —

Noch eine andere Stelle aus dem Esthländischen Ritter- und Landrecht kommt hier in Betracht. Es ist das Art. 4, tit. XXI B. IV, woselbst es folgendermaßen heißt:

„So demnach Jemand ein beweglich Gut mit gutem Titel oder Ankunft erlangt und dasselbe Jahr und Tag ohne Ansprache in seinen Ge-

wehren gehabt und ruhig besessen hat, so ist solch Gut verjähret und der Besitzer ist näher dasselbe zu behalten, als ein Anderer ihm solches abzugewinnen; doch daß solch Gut nicht gestohlen, geraubt oder mit Gewalt abgedrungen war, denn dasselbe muß ohne Erstattung dessen, damit es einer erkauft, oder an sich gebracht, wiedergegeben werden."

Betrachtet man zunächst nur den Schlusssatz des Art. 4, cit. „doch daß solch Gut“ 2c., so liegt die Vermutung nahe, es sei hier nur die uns schon bekannte Ausnahme von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ zum Ausdruck gekommen, daß also der dritte Erwerber der Sache, sofern sie gestohlen oder geraubt sei, dem vindizierenden ursprünglichen Eigenthümer weichen müsse. Allein der erste Satz dieses Artikels spricht doch gegen eine solche Annahme, denn daselbst wird der, welcher den von ihm *justo titulo* an einer (nicht geraubten oder gestohlenen) Sache erworbenen Besitz unangefochten Jahr und Tag ausgeübt, während dieser Zeit also die Sache in seiner Gewere gehabt hat, gegen die Ansprache des ersten Eigenthümers geschützt. Man hätte es also hier weniger mit einer Art römisch-rechtlicher Usufapion zu thun — wie das die offizielle Geschichte des ostseeprovinziellen Privatrechts § 128 S. 165 anzunehmen scheint\*) — als vielmehr mit einem Uebergangsgebilde von der erlöschenden Verjährung des ältern deutschen Rechts, dem eine Ersetzung *a priori* unbekannt war, zur römisch-rechtlichen Usufapion.

Widerspricht nun nicht am Ende dieser Artikel dem Art. 7, Tit. II, B. IV? Denn nach ersterem wird der dritte Erwerber nur nach Ablauf einer Frist von Jahr und Tag in seiner „hebbenden“ Gewere dem vindizierenden Eigenthümer gegenüber geschützt, während Letzterer die Vindikation auch ohnedem dem dritten Erwerber gegenüber auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ ausschließt. Erdmann in der zit. Abhandlung S. 298 will diesem Widerspruch dadurch aus dem Wege gehen, daß er den Art. 4 auf solche Sachen beziehen will, die ohne gerade *res furtivae* zu sein, doch ohne den Willen des Eigenthümers aus dessen Gewere gekommen sind, wie z. B. verlorene Sachen. Vielmehr ist aber das Verhältniß dieser beiden Artikel zu einander so zu denken: Art. 4 kann offenbar nicht zur Anwendung gelangen, wenn die Voraussetzungen der in Art. 7 zit. ausgedrückten Regel: „Hand muß Hand wahren“ vorliegen oder braucht wenigstens in diesem Falle nicht zur Anwendung zu gelangen. Es wurde dem inanspruchgenommenen dritten Erwerber der Sache eben nicht zugemuthet, den mitunter schwierigen Beweis des rechtmäßig erlangten Besitzes dem mit der Eigenthumsklage auftretenden ursprünglichen Eigenthümer gegenüber zu führen. Deshalb mußte

---

\*) Denn *bona fides* wird in Art. 4 im Gegensatz zu dem in der That von der Ersetzung handelnden Art. 2 *ibid.* garnicht verlangt.

es genügen, wenn er, sich auf Art. 7 zit. stützend, den Kläger auf seinen treulosen Kontrahenten zurückverwies. Nur bei gestohlenen und geraubten Sachen mußte der vindizierende Eigenthümer auch gegen den dritten Erwerber derselben obliegen. Mochten deßhalb die Voraussetzungen des Art. 4 zit. mit seiner binnen Jahr und Tag unangefochten ausgeübten Gewere im Einzelnen vorhanden sein oder nicht, hatte erst einmal der Eigenthümer seine Sache freiwillig aus seiner Gewere gelassen und dieselbe einem Andern anvertraut, so konnte er dieselbe von dem dritten Erwerber in keinem Falle mehr zurückverlangen. Dieser war vielmehr gegen die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers auf Grund des Art. 7 zit. geschützt. — Immerhin ist aber der Art. 4 bezeichnend genug für für das allmähliche Eindringen des römischen Rechts, das auch für sich eine feste Position zu erobern suchte. —

Die Statuten des Nigischen Stadtrechts enthalten in III Lib. tit. 9 Art. 2 in fin. folgende Bestimmung:

„Und weilen auch wohl geschiehet, daß ein Handwerks, Fuhrmann oder auch Schiffer, das ihm zu verarbeiten, oder verführen gestelltes Guth, zu verpfänden pfleget; Als soll ihnen solches höher, als der Fuhr- und Macherlohn ist, zu thun, ohne Strafe nicht verstattet seyn.“

Man pflegt — und zwar mit vollem Recht — aus dieser Stelle zu schließen, daß es sich hier um eine Einschränkung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ handelt\*). Der Pfandgläubiger mußte dem die Sache abfordernden Eigenthümer letztere herausgeben, allein nur gegen Erstattung des dem Fuhrmann resp. Handwerker geschuldeten Lohnes. Bis zu diesem Betrage war also die Pfandsache dem Pfandnehmer allerdings verhaftet, der Eigenthümer mußte sie also „lösen“, allein auch nur bis zu diesem Betrage, nicht höher. Den diesen Betrag übersteigenden Theil der Pfandschuld verlor er — also ganz dieselbe Bestimmung, wie wir sie für das ältere deutsche Recht kennen gelernt haben. Die Stelle spricht aber nur von den einem Schiffer, Fuhrmann resp. Handwerker zum Verführen oder Verarbeiten übergebenen Sachen und hat dabei wiederum ausschließlich den einen Fall im Auge, wo diese Personen das ihnen anvertraute Gut verpfändeten, nicht etwa auf andere Weise, z. B. durch Kauf, Schenkung &c. veräußerten. — Soll nun gleichwohl damit nicht gerade gesagt sein, daß der Fall der Veräußerung durch den Fuhrmann, Schiffer oder Handwerker seitens des Nigischen Stadtrechts eine vom deutschen Recht abweichende Behandlungsweise erfahren habe — so viel scheint jedenfalls klar zu sein, daß in allen andern Fällen, wo die betreffenden Sachen nicht einer der obengenannten Kategorien von Personen, sondern andern anvertraut wurde, im Falle einer an dritte Personen erfol-

\*) Vgl. Erdmann l. c. S. 298.

genden Veräußerung resp. Verpfändung die die Eigenthumsklage des ursprünglichen Eigenthümers ausschließende Regel: „Hand muß Hand wahren“ wiederum Platz greifen mußte. — Die zit. Stelle des Rigaschen Stadtrechts ist aber noch in einer andern Beziehung nicht ohne Interesse. Sie läßt nämlich erkennen, daß die Verpfändung von Sachen durch den Nicht eigenthümer nach damaligen Recht unter bestimmten Umständen der Wirksamkeit keineswegs entbehrte, zum Mindesten aber mit einer solchen Verpfändung ipso jure noch garnicht der Thatbestand eines kriminellen Vergehens gegeben zu sein brauchte. —

Im Reval'schen Stadtrecht kommt die deutsch-rechtliche Auffassung in sehr deutlicher Weise zum Ausdruck. Es heißt nämlich in Art. 2 tit. 2 B. III:

„Ein jeglicher sehe wohl zu, wenn er das Seine ausleihe und vertraue; dann würde es sich zutragen, daß derjenige, dem es geliehen oder vertrauet, dasselbe verkaufte, versetzte, oder sonst alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgeliehene Gut per contractum gebracht, so muß er es selbst lösen, sonst bleibt, der es gekauft, oder an sich gebracht, näher dabei, denn derjenige, welcher das Gut ausgeliehen: Dann, da jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen.“

„So muß er es selbst lösen.“ — Scheinbar ist darin ein vom ersten Eigenthümer dem neuen Erwerber gegenüber erzwingbares Einlösungsrecht enthalten. De facto liegt aber die Sache doch anders. — Schon die Worte: „Dann, da jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen,“ deuten auf eine schrankenlose Rezeption der deutschrechtlichen Regel hin, die durch Statuierung eines erzwingbaren Einlösungsrechts wesentlich umgestaltet, ihres eigenthümlichen Wesens entkleidet sowie ihrem ursprünglichen Zwecke entfremdet worden wäre. —

Es würde aber auch jener Annahme gleich der vorhergehende Art. 1 widersprechen, der dem Kommodanten ausdrücklich keine Ansprache wider den dritten Erwerber giebt, und damit stimmt auch Art. 9 tit. IV Cap. III aufs Beste überein:

„Besitzt jemand ein Gut, es sey ihm geschenkt, verpfändet oder verkauft, so kann er das auf seinen Ehd wider alle Ansprache wohl behalten, es wäre dann gestohlen oder geraubt Gut.“

Eine wirkliche Klage auf Einlösung gegen den dritten Erwerber wird also dem ersten Eigenthümer überall nicht gegeben. Dennoch kann man also nur zu dem Schluß kommen, daß nach Lübisches-Reval'schem Stadtrecht die Auslösung der treulos veräußerten oder belasteten Sache lediglich der freien Uebereinkunft der Partheien, die sich somit über den allendlichen Verbleib des Eigenthums der Sache gütlich vereinbaren mußten, überlassen wurde, keineswegs aber auf dem Klagewege erzwungen werden konnte. Außerdem würde

ja auch das Auslöschungsmoment bei allen Infrativen Veräußerungen ohnehin versagen \*).

Daß aber daneben auch für gewisse Mobilien eine Art Ersetzung des dritten Erwerbers — analog dem Esthl. Mitt. und Land. R. — vorkommt, geht aus Art. 1, Tit. 8, B. I, hervor, wonach der, welcher über „See und Sand“ in die Stadt gekommenes Gut erworben und erweislich Jahr und Tag besessen hat, in seinem Eigenthumserwerb gegen jede Ansprache geschützt wird. Nur in der einen Beziehung geht diese Bestimmung noch über manche andere deutsche Statutarrechte der damaligen Zeit hinaus, daß dieser Schutz sogar gegen die Diebstahlsklage gewährt wird\*\*). — Jedoch bezieht sich diese Bestimmung wohl nur auf die Fälle, wo die über „See und Sand“ gekommene Sache dem dritten Erwerber nicht schon ohnehin nach Maßgabe der Regel: „Hand muß Hand wahren“ zugefallen ist. —

Eine weniger umfassende Bedeutung erlangte unsere Regel in Kurland. Das gilt aber nur für die neuere, nicht die ältere Periode des Herzogthumes. Denn als der Livländische Ordensstaat 1562 in seine Theile zerfiel und Kurland und Semgallen an den letzten Ordensmeister Gotthardt Kettler, der zugleich der erste Kurländische Herzog wurde, gelangte, konnte es natürlich nicht anders sein, als daß die Entwicklung des gesammten Privatrechts auf der von Liv- und Esthland bisher eingeschlagenen Bahn weiterging. Eine Abweichung von den bisher in Geltung gewesenen Rechtsgrundsätzen, insbesondere auch das Eigenthum und die mit demselben verknüpfte vindikation betreffend war daher für diese älteste Periode der Herzoglichen Regierung von vorneherein nicht zu erwarten. Es wird daher die Vermuthung, daß die Regel: „Hand muß Hand wahren“ wenigstens in dieser Periode in demselben Umfang wie in Liv- und Esthland gegolten hat, nicht schlechtweg von der Hand zu weisen sein. — Späterhin wurde das aber anders. In Folge von Einflüssen mannigfacher Art begann das Privatrecht Kurlands sich mehr oder weniger eigenartig zu gestalten. Hierzu mochten hauptsächlich zwei Faktoren beigetragen haben. Vor Allem das gerade in unserer Lehre der deutsch-rechtlichen Auffassung total widersprechende römische Recht, das namentlich im 17. Jahrhundert in Kurland immer mehr Wurzel faßte, dann aber auch der dank der Oberhoheit Polens über Kurland allmählich immer stärker hervortretende Einfluß des Polnischen Rechts, das als slawisches Recht deutschen Rechtsätzen und Gewohnheiten immerhin fremd gegenüberstehen mußte. — So kann es nicht befremden, daß auch die gemeindeutsch-rechtliche Regel „Hand muß Hand wahren“ in Kurland bald in Vergessenheit gerieth\*\*\*), ganz so wie auch das

---

\*) Vgl. überh. Erdmann l. c. S. 899 f.

\*\*) Vgl. auch die Off. Gesch. des Priv. Rs § 128, S. 165.

\*\*\*) Cfr. Erdmann l. c. S. 303 f.

Verfchwinden der Erbgiiter in Kurland ſich lediglich auf das Einbringen des das Immo- biliar- und Mobiliareigenthum völlig gleich behandelnden römischen Rechts zurückführen läßt. — Deßhalb findet ſich auch in den Kurländiſchen Statuten v. J. 1617 von unſerer Regel nicht die geringſte Spur, wie denn dieſes Geſetzbuch überhaupt zum allergrößten Theil auf römiſchem, in zweiter Linie dagegen auf polniſchem Recht beruht. Zwar hat man hin und wieder gemeint, gewiſſe Hinweiſe auf eine Rezeption der mehr- erwähnten Rechtſparömie ſeitens der Statuten gefunden zu haben\*), allein wohl mit Unrecht. Die hierfür angeführten Stellen ſprechen nämlich von ganz was Anderem als jener Beſchränkung der Eigenthumsklage. So enthält § 92 der Kurl. Stat. nichts mehr als den Grundsatz, daß der Kommodatar, der ſich in Bezug auf die ihm geliehenen Sachen eines Mißbrauchs oder einer Unterſchlagung ſchuldig machte, dem Kommodanten zivil- und ſtrafrechtlich haftbar werde. Von dem dritten Erwerber, geſchweige einem etwaigen Wegfall der vom Kommodanten gegen ihn zu richtenden Eigenthums- klage iſt darin mit keiner Silbe die Rede. Nicht anders iſt es mit der zweiten Stelle, auf die man ſich zu berufen pflegt, nämlich mit § 40. Daſelbſt wird nämlich nur ausgedrückt, daß diejenigen Gläubiger, die aus dem Vermögen des Schuldners noch vor gerichtlicher Beſchlagnahme deſſelben reſp. vor erfolgter Konkurs- eröffnung wegen ihrer Forderungen befriedigt worden ſind, nicht verpflichtet ſein, den übrigen Gläubigern davon etwas mitzuteilen, ſogar in dem Falle nicht, wenn an den in casu concreto ausgelieferten Gegenständen ein Pfandrecht begründet war (mit alleiniger Ausnahme von verpfändeten Immobilien). — § 104 endlich enthält nur den a limine auch der römisch- rechtlichen vindikationslehre entſprechenden Satz, daß geſtohlene oder geraubte Sachen vom Eigenthümer jederzeit mit der Eigenthumsklage zurück- gefordert werden können. —

Dagegen finden ſich auf der anderen Seite unzweideutige Beweiſe dafür, daß die vindikationsklage der kurländiſchen Statuten durchweg von den Grundſätzen des römischen Rechts, das den dritten Erwerber gegen dieſelbe regelmäßig nicht ſchützte, beherrſcht wurde. Zu nennen ſind in dieſer Beziehung hauptſächlich zwei Stellen, §§ 95 und 98. Der erſte dieſer beiden §§ erklärt die ohne Einwilligung des Eigenthümers erfolgte Verpfän- dung einer Sache für ungültig und zur Rückforderung berechtigend und

---

\*) Vgl. beſonders Off. Geſch. des Priv. R. § 166, C. 200, Bunge: Curl. Priv. R. § 134, C. 244, der die vindikation gegen den dritten Erwerber nur bei geſtohlenen und geraubten Sachen geſtattet, Reumann: Curl. Erbrecht, C. 199, Anm. und in den Theoret. pract. Erörterungen B. V, C. 143, ff. Man pflegte die Regel ſo auszudrücken: „Mobilia non habent ſequelam.“

der zweite besagt, daß nur der kaufen und verkaufen könne, dem die unbeschränkste Dispositionsbefugniß über sein Vermögen zustehen d. h. im Verkaufsfalle der Eigenthümer. Daraus ist zu folgern, daß jeder vom Nichteigenthümer ausgehende Verkauf nach Auffassung der Statuten ungültig sei, mithin also dem dritten Erwerber kein Eigenthum verschaffen soll.

Ist somit unsere Regel zwar den Kurl. Stat. durchweg fremd geblieben so läßt sich ihre totale Rezeption seitens einer andern Rechtsquelle der Herzoglichen Periode klar nachweisen. Es bestimmen nämlich die Biltenschen Statuten in B. II, Tit. 5, § 2:

„Welcher auch einem anderen leiheth, sein Pferd oder Kleid, oder andere fahrende Habe, verkauffet sie dann, der, so sie von im mitt seinem Willen in Gewahrung bekommen, oder vorseketh sie vorbas, oder verspielet sie, oder es werde ihm gestohlen, der erste, welcher sie verliehen, oder versetzet, hatt an deren geliehenen oder versetzten, keine Forderung, ohne widder den, dem er sie liehe oder versetzte. Und wosern dasselbe, so sie empfangen vorstirbe, so hat er sich an seinen Erben, des vorsekten Gutes halben zu erhalten.

Doch ist ein andres, wenn einer sein Gut, daß ihm geraubett, oder gestohlen ist, antrift, daßelbe möge er woll annehmen.“

Dieser letzte Theil der Statuten spricht den Satz aus, daß das Eigenthumsrecht wieder auflebt, wenn die Sache zufällig wieder in die Herrschaft des ersten Eigenthümers zurückgelangt. Das spätere Recht und insbesondere die Kodifikation vom J. 1864 haben diesen Satz, wie wir später sehen werden, nicht adoptiert. Dagegen wird die Frage, ob es zum Wegfall der Regel genüge, wenn die Sache nicht dem ersten Eigenthümer, sondern einem späteren Erwerber gestohlen resp. geraubt wird, in dem Schlußsatz dieser Stelle nicht berührt und findet sich auch nicht in den ältern deutschen Quellen. —

War somit die Regel: „Hand muß Hand wahren“ wenigstens in einem Theile des ehemaligen Herzogthums Kurland und Semgallen in Geltung, während sie im übrigen Kurland — wie wir gesehen haben — keinerlei gesetzliche Sanktion erfuhr, so ging doch die Praxis ihre eigenen Wege. War es die diesbezügliche Bestimmung der Biltenschen Statuten, deren praktische Anwendung man auch für das übrige Kurland umso mehr für möglich erachtete, als das Bewußtsein des ehemaligen Zusammenhanges mit dem früheren livländischen Ordensstaat und dessen Rechtsquellen, denen die Regel bekannt war, noch nicht ganz erloschen sein mochte, oder war es die natürliche Reaktion einheimischer Rechtsätze deutsch-rechtlicher Provenienz gegenüber den immer lebhafter werden Offensivstößen des römischen Rechts — jedenfalls wird uns bezeugt, daß, wiewohl auch der Derschau'sche Landrechtsentwurf die Regel nicht rezipiert hat, die Praxis letzterer, namentlich von der Mitte der Herzoglichen Periode an, ein recht breites Anwendungs-



gebiet einräumte\*) und zwar drückte sie jene Regel durch die Wendung: „mobilia non habent sequelam“ aus. —

Aus den bisherigen Ausführungen, soweit sich dieselben auf das Kurländische Recht der Herzoglichen Periode beziehen, geht also hervor, daß hinsichtlich der Geltung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ eine Disharmonie zwischen dem Gesetz und der Praxis bestand, sofern dieselbe nach ersterem nur in einem verhältnißmäßig kleinen Theil Kurlands, dem Pilten'schen Kreise galt, durch letztere jedoch eine gleichmäßige Anwendung in ganz Kurland erfuhr. —

In dem bisher geschilderten Rechtszustande änderte sich auch nichts, als 1710 Liv- und Esthland und 1795 Kurland unter russische Herrschaft kamen. Es blieb — was die Zulässigkeit der Eigenthumsklage gegen den dritten Erwerber der unrechtmäßig veräußerten Mobilie anbetraf — im Allgemeinen bei der Regel: „Hand muß Hand wahren.“ Namentlich vermochte sich, trotzdem daß das römische Recht auf vielen andern Gebieten des Privatrechts dem einheimischen baltischen Recht Position um Position streitig machte, das Erforderniß des guten Glaubens als *conditio sine qua non* für den allendlichen Erwerb des Eigenthums auf Seiten des dritten Erwerbers der Sache hier nicht einzubürgern, denn der Grund des letzterem gewährten Rechtsschutzes resp. der mangelnden Verfolgbarkeit des Eigenthums seitens des ersten Eigenthümers war eben nach deutschem und so auch nach baltischem Recht nur in der Thatsache der freiwillig geschehenen Besizentäußerung an den Kontrahenten des ersten Eigenthümers, nicht dagegen in der Thatsache des durch den Dritten erfolgten Besizerwerbes an der Sache zu suchen. —

Dies war der Rechtszustand in unserer Lehre, wie ihn die Kodifikation des ostseeprovinziellen Privatrechts vom J. 1864 antraf. Nach einer doppelten Richtung hin führte nun die Kodifikation eine Aenderung des bisher in Geltung gewesenen Rechtszustandes herbei: erstens wurde die Geltung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ auch auf das übrige Kurland ausgedehnt und nicht nur, wie vorher, auf den Pilten'schen Kreis beschränkt, und zweitens wurde entgegen dem bisher befolgten Prinzip auf Seiten des dritten Erwerbers der vom Eigenthümer seinem Kontrahenten anvertrauten und von diesem widerrechtlich veräußerten (beweglichen) Sache guter Glaube verlangt. Es bestimmt nämlich der Art. 923 Th. III des Prov. Rs.:

---

\*) Vgl. Dff. Gesch. d. prov. Priv. Rs S. 200, Neumann in den Erört. B. V, S. 119 ff., Bunge: Curl. Priv. R. § 134 l. c., Erdmann, l. c. S. 305.

„Die Eigenthumsklage fällt ganz weg, wenn der Eigenthümer eine bewegliche Sache einem Andern anvertraut, z. B. geliehen, in Verwahrung gegeben, verpachtet oder auf andere Weise freiwillig weggegeben, und dieser Andere den Besitz weiter auf den Dritten übertragen hat. In diesem Fall kann sich der Eigenthümer nur an den ersten Empfänger d. h. nur an denjenigen halten, dem er die Sache anvertraut, nicht aber an den dritten redlichen Besizer der Sache.“

und in der Anm. zu diesem Art. heißt es dann weiter:

„Die in Art. 923 ausgesprochene Regel wird durch den Satz ausgedrückt: „Hand muß Hand wahren“ oder „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen.“ —

Hat nun freilich die deutschrechtliche Regel insofern an Boden gewonnen, als ihr räumliches Anwendungsgebiet im Vergleich zum frühern Recht eine Erweiterung erfahren hat, so bedeutet doch andererseits die Einführung des Erfordernisses der bona fides auf Seiten des dritten Besizers der Sache einen Sieg römisch-rechtlicher Grundsätze. — War es vorher bloß die Thatfache der durch den ersten Eigenthümer an seinen Kontrahenten aus freiem Willen erfolgten Besitzübertragung, die den dritten Erwerber der Sache in seinem Besitze schützte, ohne daß — wie im ältesten deutschen Recht — auf die Redlichkeit des Besitzwerbes Gewicht gelegt wurde, so mußte jetzt noch etwas in der Person eben dieses dritten Erwerbers hinzukommen, um diesen gegen die vindikation des ersten Eigenthümers zu schützen und das ist der gute Glaube d. h. — wenn man sich an den Ausspruch des Art. 680 hält — die Ueberzeugung davon, daß kein Anderer ein besseres Recht, die Sache zu besitzen habe als er. Das entsprach durchaus dem römischen Recht, welches letztere dem gutgläubigen Besizer schon insofern eine rechtlich günstigere Stellung einräumte, als es — wenn es ihn auch sonst gegen die vindikation nicht schützte — nur den bona fide erfolgten Besitzwerb als zur Ersetzung geeignet hinstellte und abgesehen hiervon überhaupt den gutgläubigen Besizer hinsichtlich des Frucht- und Impensenersatzes milder als den bösgläubigen Besizer behandelte. — Diese Neugestaltung der Modifikation erscheint namentlich dem alten Recht gegenüber umso rigorosier, wenn man sich vergegenwärtigt, daß nach letzterem — wie gezeigt worden ist — sogar die nachgewiesene Unredlichkeit des dritten Erwerbers d. h. also seine mala fides ihm nichts zu schaden vermochte. —

Daß aber — was die Eigenthumsklage des Prov. Ns anbelangt — auch im Allgemeinen die Grundsätze des römischen Rechts in die Modifikation Eingang gefunden haben, zeigt Art. 876:

„Der Eigenthümer ist endlich befugt, seine Sache von jedem dritten Besizer derselben mit der Eigenthumsklage zurückzufordern.“

Damit ist die Absolutheit der Eigenthumsklage, wie sie im römischen Recht besteht, auch im Th. III des Prov. R. mit voller Klarheit ausgesprochen: der Eigenthümer kann vermöge der dinglichen Natur seines Eigenthumsrechts letzteres gegenüber jedem Einzelnen, der verlegend in dasselbe eingreift, geltendmachen, negatorisch oder mittelst der rei vindicatio, und zwar muß die Herausgabe der dem Eigenthümer gehörenden Sache an letzteren mit Ausnahme einiger wenigen in Art. 922 genannten Fällen unentgeltlich erfolgen; ja sogar dann, wenn der beklagte Besitzer im guten Glauben war, ist er nicht berechtigt, den Werth der Sache, den er seinem Auktor gezahlt hat, vom vindizierenden Eigenthümer ersetzt zu verlangen, wie solches Art. 921 ausdrücklich betont. Denn gerade die Berechtigung, unentgeltliche Herausgabe des inanspruchgenommenen Gegenstandes zu verlangen, bildet eins der Hauptkennzeichen des vom Prov. R. akzeptierten dominii und der aus demselben resultierenden Eigenthumsklage. Dem verurtheilten gutgläubigen Besitzer bleibt also nichts übrig, als sich an seinen Rechtsvorgänger zu halten und von ihm Schadenserfaz zu fordern.

Diesem in Artt. 876 und 921 zit. ausgedrückten allgemeinen Prinzip gegenüber erscheint die in Art. 923 zit. und ff. enthaltene Regel: „Hand muß Hand wahren“ als bloße Ausnahme, die zudem auch nur in dem Falle Anwendung erleidet, falls guter Glaube beim dritten Erwerber vorhanden ist oder negativ ausgedrückt: wenn letzterer nicht *malae fidei possessor* ist. Jenes, nämlich die Ausnahmequalität der Regel: „Hand muß Hand wahren“ im Prov. R., wird in der Anmerkung zu Art. 876 zit. selbst hervorgehoben, wo auf die Artt. 923 ff. als Ausnahmen von der in Art. 876 zit. ausgedrückten allgemeinen Verfolgbarkeit des Eigenthums gegen jeden dritten Besitzer der Sache verwiesen wird. — Diese Ausnahmestellung unserer Regel ist aber deswegen nicht ohne praktische Bedeutung, weil sie die Interpretation resp. das Anwendungsgebiet derselben beeinflussen muß. Denn da nach einem bekannten Grundsatz Ausnahmen strikte zu interpretieren sind, jedenfalls also nicht auf analoge oder ähnliche Fälle ausgedehnt werden dürfen, sondern eben nur auf die im Gesetz selbst namhaftgemachten zu beschränken sind, so ist auch eine ausdehnende Interpretation der in Artt. 923 ff. ausgesprochenen, die Eigenthumsklage als solche beschränkende Regel: „Hand muß Hand wahren“ durchgängig von der Hand zu weisen. —

Was aber den ersten der beiden Hauptpunkte unserer Regel, die seitens der Kodifikation eine Neugestaltung erfahren hat, anbetrifft, nämlich die Ausdehnung derselben auch auf das übrige Kurland, ohne die frühere Beschränkung auf den Wilten'schen Kreis, so ist diese Neugestaltung insofern keine unvermittelte zu nennen, als sie ja nur — wie erwähnt — als Anknüpfung an eine bereits früher in Kurland allgemein geübte Praxis erscheint. —

Die übrigen Punkte, in welchen die Modifikation das bezüglich unserer Regel früher in Geltung gewesene Recht abgeändert hat, werden sich bei Gelegenheit der nähern Abgrenzung ihres Anwendungsgebietes ergeben. —

Wie schon darauf hingewiesen wurde, charakterisieren sich die Artt. 923 ff. als Ausnahmen von der in Art. 876 als Regel statuierten Verfolgbarkeit des Eigenthums gegen jeden dritten Besitzer der Sache. Diese Ausnahmequalität gebührt aber der Regel: „Hand muß Hand wahren“ mit den in den Th. III des Prov. Rs. übergegangenen in der Folge näher zu erörternden Variationen auch noch in einer andern Beziehung. Art. 3838 Th. III des Prov. Rs. behandelt nämlich den Fall, wo eine fremde Sache verkauft wird und entscheidet denselben folgendermaßen: es kann sein, daß beiden Kontrahenten, die Fremdgehörigkeit der verkauften Sache bekannt war oder nur einem von ihnen. War ersteres der Fall, so ist der ganze Vertrag ungültig, der Käufer wird also jedenfalls die gekaufte Sache dem dieselbe requirierenden Eigenthümer zurückgeben müssen. War letzteres der Fall, so muß man unterscheiden, auf wessen Seite die Kenntniß von diesem Mangel vorhanden war. Lag sie nur beim Verkäufer vor, so ist der Käufer wenigstens berechtigt, vom Verkäufer das Interesse zu fordern. War sie dagegen bloß beim Käufer vorhanden, so ist der Verkäufer ihm zu nichts verpflichtet. Eine Rückgabe der Sache an den Vindikanten findet aber gleichwohl — obgleich im Gesetze nicht erwähnt — statt. —

Gleich der folgende Art. 3839 statuiert nun eine Ausnahme von der in Art. 3838 zit. aufgestellten Regel — also eine Ausnahme von der Ausnahme — und nennt als solche unter ausdrücklicher Verweisung auf den uns schon bekannten Art. 923 die vom Prov. R. adoptierte Rechtsparämie: „Hand muß Hand wahren“. Sobald die Voraussetzungen dieser Regel vorlägen, solle auch der Kaufkontrakt über eine fremde Sache gültig sein und der ursprüngliche Eigenthümer sich nur an den Verkäufer halten können. Art. 3839 enthält also gleichzeitig einen neuen Beweis für die Rezeption der Regel: „Hand muß Hand wahren“ seitens des Prov. Rs., deren oberstes Grundprinzip ist: der Eigenthümer kann sich mit seiner Eigenthumsklage nur an seinen ursprünglichen Kontrahenten, nicht aber an den dritten Erwerber der Sache halten, der vielmehr gegen diese Klage überall geschützt ist. Jedoch wird immerhin in Betracht zu ziehen sein, daß diese Ausnahme keine ganz vollständige und allseitige sein dürfte, da im Falle einer auf Seiten des Käufers vorhandenen Kenntniß von der mangelnden Veräußerungsbefugniß des Verkäufers für gewöhnlich Unredlichkeit desselben vorliegen wird, die, weil sie der Anwendung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ entgegensteht, den Kaufkontrakt in ebenderselben Weise ungültig macht, wie das, ganz abgesehen von Art. 923, schon nach dem in Art. 3838 ausgedrückten Prinzip der Fall ist. —

Die Regel des Art. 923 ist auch auf Schiffe zu beziehen, weil diese nach Prov. R. zu den beweglichen Sachen gehören. — Allerdings stellt die provinzielle Kodifikation die Schiffe nicht selten in eine Reihe mit den unbeweglichen Sachen (vgl. z. B. die Artt. 572 und 939, in welchem letzteren Art. ein Näherrecht in Bezug auf den an einen Nichtmitteigenthümer verkauften Schiffspart statuiert wird, sowie Art. 3944, wo die öffentliche Versteigerung von unbeweglichen Sachen „und“ Schiffen „Subhastation“ genannt wird, im Gegensatz zu der „Auktion“ genannten Versteigerung der Mobilien), allein gegen die Qualität derselben als beweglicher Sachen darf daraus umsoweniger etwas gefolgert werden, als Art. 531 sich ausdrücklich gegen eine Auffassung wendet, die aus der seitens des Gesetzes selbst nur in einzelnen Beziehungen stattfindenden Behandlung einer beweglichen Sache als einer unbeweglichen auf die allgemeine rechtliche Qualität der erstern als einer unbeweglichen Sache schließen wollte\*). Wenn deshalb nach Prov. R. der Schiffseigenthümer sein Schiff einem Andern vermietet oder verpfändet und dieser Andere das ihm anvertraute Objekt einem Dritten veräußert, so wird dieser Dritte, wenn er es bona fide erwarb, in seinem Besitze auf Grundlage des Art. 923 gegen die Eigenthumsklage zu schützen sein. Nur ein einziges Statutarrecht stellt sich auf einen andern Standpunkt, nämlich das Esthländische Stadtrecht\*\*). Es bestimmt nämlich Art. 925, daß die in Art. 923 ausgedrückte Regel auf vermietete und vom Miether weiterveräußerte Schiffe nach Esthl. Stadtrecht keine Anwendung erleide. Auch hier hat somit das römisch-rechtliche Prinzip der absoluten, gegen Jedermann zulässigen Verfolgbarkeit des Eigenthums die Oberhand — wir wollen nicht sagen: gewonnen, sondern behalten, denn diese Bestimmung schreibt sich aus dem Lübischen Stadtrecht B. VI tit. 4, Art. 2 her, qualifiziert sich also als (kodifiziertes) älteres Recht. — Will man nun in der auf Grund des Art. 923 zit. gültigen Weiterveräußerung der Sache seitens des Kontrahenten des ersten Eigenthümers derselben an den dritten Erwerber zugleich auch eine gewisse Erweiterung der jenem Kontrahenten gebührenden Befugnisse erblicken — ein Gesichtspunkt, gegen dessen Zulässigkeit sich freilich kaum zu beseitigende Zweifel geltend machen lassen —, so muß man allerdings einen gewissen Kontrast zwischen Art. 925 und einem andern Gesetz, nämlich der Ann. 3 zu Art. 4029 konstatieren, die im Vergleich zu dem im übrigen Esthland geltenden Recht den Miether von Schiffen insofern wieder günstiger stellt, als daselbst dem Miether das

\*) Dem steht auch nicht entgegen, daß der Ustav über die Postkassen (B. V des Sv. zak., Ausg. v. J. 1903) Art. 277 die dreitublige Kanzleikassenpostkassen auch von den Viehbrieffen erhoben werden läßt. Vgl. auch überhaupt Невзоровъ: „Краткое изложение курса мѣтнаго права прибалтійскихъ губерній, часть I, Общая часть, вещное право и обязательственное право.“ (Юрьевъ, 1904, als Manuscript gedruckt, herausgegeben von den Hh-tern des 3 Kurses der Studenten der Surjewer Juristischen Fakultät 1903—1904), S. 12.

Recht eingeräumt wird, das gemiethete Schiff — wenigstens für die Dauer der Miethzeit — weiterzuvermieten, während die Veräußerung ungültig sein soll. Auf jeden Fall aber dürfte die in Art. 925 zit. bezüglich der Weiterveräußerung gemietheter Schiffe durch den Miether nach Esthländischem Stadtrecht statuierte Ausnahme von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ eine weitere Illustration zu dem Ausspruch des Art. 531 zit. darbieten, daß bewegliche Sachen in einzelnen Beziehungen vom Gesetz oder entsprechend diesbezüglicher Partheiabreden gleich unbeweglichen Sachen behandelt werden können \*), ohne daß es deßhalb erlaubt ist, jene auch in allen übrigen Beziehungen den unbeweglichen Sachen gleichzuachten. —

Anknüpfend an diesen der Wirksamkeit der Regel: „Hand muß Hand wahren“ entzogenen Fall sei an dieser Stelle noch einer andern nach dieser Richtung hin abweichenden Behandlung der Schiffe seitens des Esthländischen Stadtrechts Erwähnung gethan, die gleichfalls eine Ausnahme von der Regel des Art. 923 involviert. Diese weitere Ausnahme ist durch die Anm. zu P. b des Art. 1436 gegeben, wo es heißt:

„Das Esthländische Stadtrecht. (Lüb. St. R. B. III, tit. 4, Art. 6) hat noch die besondere Bestimmung: Wenn Jemand sein Schiff verpfändet und gleichwohl mit demselben an einen andern Ort segelt und es verkauft, so ist das Pfandrecht erloschen: kommt er aber mit solchem Schiffe wieder in den Hafen der Stadt, wo er es verpfändete, zurück, so wird das Pfandrecht wieder wirksam.“

Voraussetzend, daß die Regel: „Hand muß Hand wahren“ nach Artt. 923 zit. und 1436 P. b zit. auch gegen den Pfandgläubiger wirken kann, konstatieren wir an dieser Stelle, daß die soeben zitierte Anmerkung zu P. b des Art. 1436 mit jener Regel übereinstimmt, falls und solange der Eigenthümer des verpfändeten Schiffes sich mit letzterem außerhalb des dem Esthländischen Stadtrecht unterliegenden Hafens, in welchem er sein Schiff mit dem Pfandnerus behaftet hatte, befindet, denn für diese Zeit ist die vom Verpfänder vorgenommene Veräußerung des verpfändeten Schiffes, sofern nur der Erwerber sich im guten Glauben befand und von der Verpfändung nichts wußte, vollkommen wirksam und das Pfandrecht erloschen, eben wegen der nunmehr platzgreifenden Regel: „Hand muß Hand wahren“, worauf auch der Umstand hinweist, daß Art. 1436 P. b unter andern Quellenzitaten auch auf Art. 923 verweist\*\*). —

\*) Auch Gierke Deut. Privat R. B. II, S. 559, Note 34 will in dieser Ausnahmebestimmung des Lübischen Stadtrechts eine Unterstellung der Schiffe unter das Liegenchaftsrecht erblicken.

\*\*) Das Besondere dieses Falles besteht darin, daß der Auktor des Käufers — oder was dasselbe ist — die Vertrauensperson des eventuellen Vindikanten und der:

Sie wird aber alsbald zur Ausnahme von unserer Regel, sobald der Verpfänder mit dem verpfändeten Schiff in denselben (esthländischen) Hafen, wo er es verpfändet hatte, wiederum zurückkehrt, denn in diesem Fall lebt das vorher erloschene Pfandrecht wieder auf, der eventuelle Käufer des Schiffes, mag er es auch noch so sehr im guten Glauben erworben haben, wird also gegen die Pfandklage des Pfandgläubigers nicht mehr geschützt, sein Kaufobjekt ist nicht mehr wie früher ein vom Pfandrecht befreites Objekt, sondern erscheint wieder mit demselben belastet. —

Gleichfalls unter den Geltungsbereich unserer Regel fallen dagegen wieder alle diejenigen Fälle, wo es sich um die Verpfändung von Schiffen in einem nicht dem Esthländischen Stadtrecht unterliegenden Hafen handelt. Bei einer nachherigen Veräußerung solcher Schiffe greift natürlich die Nummerung zu Art. 1436 B. b nicht Platz.

Uebrigens involviert die zit. Anm. zu Art. 1436 B. b nicht etwa neues Recht, sondern gründet sich — wie der Text derselben zeigt — auf eine Stelle aus dem Lübisches-Revalschen Recht. —

Eine weitere Ausnahme von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ tritt uns in Art. 4205 entgegen. Dieser dem Cap. 193 des M. L. Mitt. R. und dem Art. 5, tit. 6 B. III des Lübisches-Revalschen Stadtrechts entnommene Artikel erklärt nämlich alle Veräußerungen, welche der Diensthote mit den Sachen der Herrschaft ohne deren Auftrag vornimmt, für absolut nichtig, obwohl hier sonst gerade ein Fall vorliegen würde, der so recht unserer Regel unterstellt werden könnte. Als unmittelbare Folge dieser im Gesetz ausgesprochenen Nichtigkeitserklärung derartiger Verkaufsverträge erscheint aber die nunmehr für den dritten Erwerber resultierende Verpflichtung, den Kaufgegenstand dem mit der vindikationsklage gegen ihn auftretenden Dienstherrn als dem ursprünglichen Eigenthümer wiederauszuliefern. Eine Berufung auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ erscheint hier also a priori ausgeschlossen, der klare Wortlaut des Art. 4205 würde einer solchen entgegenstehen. Ebenso wird aber auch die Frage, ob der beklagte dritte Erwerber nicht wenigstens berechtigt sein soll, vom vindizierenden Eigenthümer nach Maßgabe des Art. 3838 Ersatz des Interesses resp. des gezahlten Kaufpreises zu verlangen, grundsätzlich und regelmäßig zu verneinen sein, da das die Interessensforderung ausschließende Bewußtsein der Fremdgehörigkeit der Sache dem dritten Erwerber — der über die Dienstbotenqualität des Veräußerers in der

---

ursprüngliche Eigenthümer des verpfändeten und nachher veräußerten Schiffes ein und dieselbe Person sind, so daß folglich der Pfandgläubiger das ihm verpfändete Schiff seinem Schuldner d. h. dem Schiffseigenthümer, also gewissermaßen als Hypothek anvertraut hat, wovon ein Anwendungsfall in demselben Art. 1436 B. 6 gegeben ist.

Regel doch schwerlich im Zweifel sein wird — wohl nur ausnahmsweise, dem veräußernden Dienstboten aber niemals mangeln dürfte. In den seltenen Fällen aber, wo zwar der verkaufende Dienstbote, nicht aber der Käufer um das wahre Verhältniß etwas wußte, die Interesselforderung des letzteren resp. den Ersatz des Kaufpreises vom vindizierenden Eigenthümer für begründet zu erklären, wäre um deswillen nicht angängig, weil erstens eine solche Ersatzforderung dem genauen Wortlaut des Art. 3838 zufolge überhaupt doch nur dem Verkäufer gegenüber zulässig ist, nicht aber dem ursprünglichen Eigenthümer der Sache d. h. dem Dienstherrn gegenüber und zweitens Art. 4205 zit. Veräußerungen von Sachen der Herrschaft durch ihre Dienstboten schlechthin für ungültig erklärt, mithin also eine absolute, ausnahmslose Ungültigkeit statuiert, mit welcher das Bestehenbleiben einer eventuellen Ersatzforderung an den Verkäufer oder wenigstens an den Eigenthümer der Sache nicht übereinstimmen dürfte.

Art. 4205 zit. hat kein absolut neues Recht geschaffen, die in demselben enthaltene Bestimmung findet sich vielmehr schon — wie bereits angedeutet wurde — im M. Civl. Ritt. R. und im Lübisches-Revalschen Recht. Neu ist nur, daß diese Ausnahme von der Regel „Hand muß Hand wahren“ jetzt nicht mehr, wie nach dem Recht vor. der Modifikation v. J. 1864, auf das Livländische und Esthländische Stadtrecht beschränkt bleibt, sondern für alle Statutarrechte ohne Ausnahme gilt. —

Art. 4205 zit. weicht aber auch inhaltlich von den im Vorhergehenden angeführten neuern Gesetzgebungen, insbesondere einigen früheren Deutschen Partikulargesetzgebungen ab, die den Fall der durch einen Dienstboten erfolgten Veräußerung der ihm seitens der Herrschaft anvertrauten Sachen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ unterstellen. — Zu den weiteren Beschränkungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ gehört der in Artt. 926 und 1473 angezeigte, gleichfalls dem ältern Recht entnommene Fall. Wenn nämlich nach Liv- und Esthländischem Stadtrecht Handwerker, Schiffer oder Fuhrleute die ihnen zum Verarbeiten, Verführen oder Versenden anvertrauten Sachen einem Dritten auf Grund eines Vertrages verkaufen, versetzen oder sonstwie veräußern, so kann der Eigenthümer solcher Sachen dieselben zurückfordern, vindizieren, allerdings aber nicht unentgeltlich sondern mit der Verpflichtung, dem dritten Erwerber den eventuellen Betrag des Handwerks- Fuhr-Fracht- oder Macherlohnes zu bezahlen. Es ist somit diese dem uns schon bekannten Art. 2 tit. 9 B. III des Rügischen Stadtrechts und dem Art. 17, tit. 8, B. III des Lübisches-Revalschen Rechts entlehnte Ausnahme von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ insofern auch nur eine theilweise, als die Vindikation dem ersten Eigenthümer nicht unbedingt, sonder nur gegen Zahlung des Handwerks- resp. Frachtlohnes gestattet wird. Darin liegt, daß der in Anspruch genommene dritte Erwerber wegen dieser seiner Forderung dem



Eigenthümer gegenüber an der ihm veräußerten oder verpfändeten Sache das in den Artt. 3381 ff. gegebene Retentionsrecht geltendmachen kann, folglich also die Sache nicht eher herauszugeben braucht, als bis ihm der Handwerks- Fuhr- oder Frachtlohn entrichtet worden ist\*). Artt. 926 und 1473 besagen also genau ein und dasselbe, sind also noch mehr als Parallelstellen. Nur insofern findet sich ein Unterschied, als Art. 926 allgemein auf die Handwerker, Fuhrleute und Schiffer in den Städten Liv- und Esthlands Bezug nimmt, während Art. 1473 sich auf die Handwerker in den liv- und esthländischen Städten, auf die Fuhrleute und Schiffer dagegen nur für die livländischen, nicht auch die esthländischen Städte bezieht. Von wirklicher Bedeutung ist diese Verschiedenheit indeß wohl kaum, denn da beide Artikel sich auf dieselben Quellenstellen (Lüb. St. R. B. III, 8, 17 und Rtg. St. R. B. III 9, 2) berufen, so hat man es hier offenbar nur mit einer redaktionellen Ungenauigkeit zu thun. —

Ein näheres Eingehen auf die durch Anwendung der Art. 926 und 1473 in casu concreto geschaffene Rechtslage läßt aber noch die Ableitung einiger anderer, ebenso interessanten wie praktisch wichtigen Schlußfolgerungen zulässig erscheinen, die an dieser Stelle — eben weil sie jedenfalls in Beziehung zu der in Art. 923 ausgedrückten Hauptregel stehen — zu erörtern wären. — Es unterliegt nämlich wohl keinem Zweifel, daß der Eigenthümer der Sache, sobald er den Handwerks- resp. Frachtlohn dem dritten Erwerber entrichtet hat, nunmehr von der Verpflichtung, denselben seinem ursprünglichen Kontrahenten d. h. dem Handwerker, Fuhrmann oder Schiffer zu entrichten — wofern eine solche Entrichtung nicht etwa schon im Voraus erfolgt ist — jedenfalls befreit sein muß, sein ursprünglicher Kontrahent also seinen diesbezüglichen Anspruch gegen den Eigenthümer zur Strafe für seine Treulosigkeit verliert, was um so gerechter ist, da er ja außerdem schon vom dritten Erwerber — jedenfalls im Verkaufs- und Verpfändungsfall — ein gewisses Entgelt erhalten hatte. Ebenso klar ist es aber auch, daß der dritte Erwerber sich wegen der ihm abgeforderten Sache seinem Auktor gegenüber schadlos halten kann, trotzdem daß er vom Eigenthümer den Handwerks- resp. Frachtlohn erhalten hat. Auch ist dabei die nothwendige Voraussetzung die, daß der dritte Erwerber bona fide d. h. im guten Glauben die Sache erwarb, denn im entgegengesetzten Falle kann er ein solches Retentionsrecht dem Eigenthümer gegenüber nicht ausüben, hat überhaupt kein Forderungsrecht gegen den Bindikanten und muß die Sache letzterem unentgeltlich herausgeben (vgl. Art. 1475). Endlich aber muß die Veräußerung auf Grund eines Vertrages erfolgt sein. —

Auch die Artt. 926 und 1473 involvieren übrigens eine Abweichung vom allgemeinen deutschen Privatrecht resp. dem Rechte einiger früheren deutschen

\*) Vgl. Erdmann System B. II, S. 195 f. —

Partikulargesetzgebungen. Denn wenngleich schon letztere nach dem Vorgange des ältern Rechts in diesem Fall die vindikation gegen den dritten Erwerber und zwar in der Regel gegen ein gewisses Entgelt, also ganz wie die Artt. 926 und 1473 zit., zuließen, so besteht doch ein nicht unbedeutender Unterschied darin, daß nach ostseeprovinziellem Recht die genannte Ausnahme von der Regel „Hand muß Hand wahren“ als eine nur partikuläre erscheint, d. h. nur von zwei Statutarrechten, dem Liv- und Esthländischen Stadtrecht, nicht aber auch von den übrigen Statutarrechten d. h. dem Kurländischen Recht und dem Liv- und Esthländischen Landrecht adoptiert ist, wogegen nach dem Recht jener frühern Partikulargesetzgebungen in Uebereinstimmung mit dem ältern deutschen Recht diese Ausnahme unbeschränkt in allen Theilen des betreffenden Partikularstaates ohne jede Einschränkung galt. —

Durchgreifender als die bisher genannten Ausnahmen resp. Beschränkungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ ist die durch Art. 924 gegebene auf welchen letztere ebendeshalb ein näheres Eingehen geboten erscheint. Dieser Artikel hat folgenden Wortlaut:

„In den Städten Estlands ist es in diesem Falle (Art. 923) dem Eigenthümer gestattet, wenn der dritte Besitzer die Sache von dem ersten Empfänger durch einen Vertrag (Kauf, Pfand, Schenkung und dgl. m.) erworben, dieselbe von dem Dritten gegen Erstattung des Kauf- oder Pfandschillings oder des Werthes der geschenkten Sache zurückzufordern.“

Als Quelle zu diesem Artikel ist Art. 2 tit. 2 B. III des Lübischen Stadtrechts zitiert. Nach diesem Quellenzitat scheint es, als ob letztere Bestimmung sich als keine eigentliche Neuerung darstellt, sondern lediglich aus dem ältern Esthländischen Stadtrecht in das gegenwärtig geltende Esthländische Stadtrecht übergegangen ist. Derselben Ansicht ist auch Erdmann in seiner mehrfach zitierten Abhandlung S. 308, wiewohl er sich damit in Widerspruch zu seiner auf S. 299 vertretenen Auslegung jener Stelle des Lübischen Stadtrechts setzt. In der That liegt aber die Sache anders. Denn der zit. Art. 2 des Lübischen Rechts giebt dem dritten Erwerber — was ja auch Erdmann selbst zugiebt — gar kein zwangsweise realisierbares Rechtsmittel gegenüber dem die Sache vindizierenden ersten Eigenthümer an, die Hand, sondern stellt es nur der freiwilligen Uebereinkunft der beiden Interessenten anheim, die Lösung d. h. Restitution der Sache gegen Rückzahlung des für dieselbe entrichteten Kaufpreises zu bewerkstelligen, wie das ja auch schon zuweilen in den alten deutschen Statutarrechten der Fall war\*). Art. 924 dagegen räumt dem dritten Erwerber im Gegentheil das Recht ein, den gezahlten Kaufpreis oder den Pfandschilling resp. den Werth der Sache

\*) Vgl. Gierke, Deutsches Priv. R. B. II, S. 560.

vom ersten Eigenthümer zurückzuerlangen, denn die Rückgabe der ihm vom treulosen Kontrahenten des Eigenthümers veräußerten oder verpfändeten Sache an den Letztern braucht eben nur „gegen“ Erstattung des Kauf- resp. Pfandschillings resp. des Werthes der Sache im Schenkungsfalle zu erfolgen. Ja, dem dritten Erwerber dürfte hier ebenso wie in dem Falle der Artt. 926 und 1473 zit. ein Retentionsrecht gegenüber dem Eigenthümer der Sache zustehen.

Man wird also nicht umhin können, die Verweisung des Art. 924 auf die angezogene Stelle aus dem Rübischen Stadtrecht entweder auf ein Redaktionsversehen der Kodifikatoren vom J. 1864 oder auf eine bloß mißverständliche Auslegung eines ältern Rechtsfalles zurückzuführen. Mithin haben wir es in der Bestimmung des Art. 924 nicht mit einer bloßen Rezeption eines vor der Kodifikation vom J. 1864 in Geltung gewesenen Rechtsfalles, sondern mit einer wirklichen Neuordnung zu thun, die nur in derselben Weise wie in Deutschland zustandegekommen ist.

Geht man nun auf den Inhalt des mehrerwähnten Art. 924 näher ein, so ergibt sich Folgendes:

1. Die durch Art. 924 geschaffene Ausnahme vom Art. 923 hat ein nur beschränktes Geltungsgebiet. Sie gilt nämlich nur für das Esthländische Stadtrecht. Die übrigen Statutarrechte bleiben von derselben unberührt.

2. In rechtspolitischer Hinsicht charakterisiert sich die Bestimmung des Art. 924 — und in abgeschwächtem Maße wohl auch der Artt. 926 und 1473 zit. — als eine Art Kompromiß zwischen der deutschrechtlichen Regel: „Hand muß Hand wahren“ in ihrer ursprünglichen Reinheit und der uns schon bekannten, unzweifelhaft durch römisch-rechtliche Einflüsse veranlaßten Inskuznahme der Interessensphäre des ersten Eigenthümers der Sache, wie sie uns zuweilen in den ältern deutschen Partikularrechten entgegentritt. Der Eigenthümer der Sache verliert sie nicht an den dritten Erwerber, er kann sie vielmehr von diesem vindizieren und letzterer muß sie ihm herausgeben, allein er braucht das nicht unentgeltlich zu thun, sondern nur „Zug um Zug“ gegen Erstattung des vorhin angegebenen Entgeltes. Mit andern Worten: der Eigenthümer kann die Sache zwar „lösen“ d. h. sie mit der Eigenthumsklage abfordern. Das wäre die römisch-rechtliche Auffassungsweise: dem Eigenthümer sein Eigenthum. Jedem gegenüber, wer es auch immer sei. Allein der dritte Erwerber kann dafür — im Gegensatz zum römisch-rechtlichen, vom Prov. R. in Art. 921 ausgesprochenen Prinzip — vom Vindikanten einen gewissen Ersatz beanspruchen und letzterer ist verpflichtet, ihm diesen Ersatz nach Maßgabe des Art. 924 zu leisten. Das wäre die germanisch-rechtliche Auffassungsweise. Der dritte Erwerber unrechtmäßig veräußelter Sachen soll aus Gründen der öffentlichen Verkehrssicherheit geschützt werden. Die Kombination dieser beiden einander entgegengesetzten Prinzipien führte zu der in Art. 924 statuierten Ausnahme von der allgemeinen Regel des Art. 923, ein neuer Beweis für die Leb-

haftigkeit und Hartnäckigkeit des Kampfes, wie er zwischen römischem und deutschem Rechte gerade in dieser Lehre geführt wurde. —

Nach dem Vorhergehenden läßt sich auch die weitere Frage unschwer entscheiden, ob der dritte Erwerber nach Eheländischem, sowie im Fall des Art. 926 auch nach Vösländischem Stadtrecht das Eigenthum an der Sache erwirbt oder nicht. Da dem ersten Eigenthümer die vindikationsklage gegen den dritten Erwerber gegeben wird, so muß offenbar das dieser klage zu Grunde liegende Recht, nämlich das Eigenthumsrecht trotz jenes Erwerbes der Sache durch den Dritten als weiter fortbestehend gedacht werden. Anders würde es an einem Erklärungsgrunde für die Zulässigkeit der vindikation absolut mangeln. Die Annahme eines Eigenthumserwerbes durch den Dritten ist undenkbar, weil *duorum dominium in solidum esse non potest*. Ist der erste Eigenthümer Eigenthümer geblieben, so konnte es der Dritte niemals werden. Wäre letzterer es dennoch geworden, so wäre es ein Non sens, ersterem dennoch die Eigenthumsklage zu geben. Dem gutgläubigen Dritten, der die Sache herausgeben muß, würde nur eine obligatio, ein persönlicher, nicht dinglicher Anspruch auf Ersatz des Werthes der Sache resp. des gezahlten Kaufpreises gegenüber dem Vindikanten zustehen, der, wie wir gesehen haben, durch ein Retentionsrecht an derselben gesichert ist. — Die gegenteilige Konstruktion, nämlich die Annahme eines wirklichen Eigenthumsverlustes auf Seiten des ersten Eigenthümers und eines damit korrespondierenden Eigenthumserwerbes auf Seiten des dritten Besitzers würde an der totalen Unmöglichkeit, für die solchergestalt dem ersten Eigenthümer an die Hand zu gebenden obligatio ad restituendum eine greifbare Basis aufzufinden scheitern. Letztere dürfte vielmehr solchenfalls ganz in der Luft schweben. — Wir kommen auf Art. 924 übrigens noch einmal zurück. —

Es ist nunmehr eine andere Frage zu beantworten, die wir auf Seite 155—156 sowie auf S. 169 dieser Abhandlung — wenn auch nur in rechtsgeschichtlicher Hinsicht — bereits gestreift haben. Die Regel des Art. 923 soll keine Anwendung erleiden, wenn der Eigenthümer die Sache nicht freiwillig aus seinem Gewahrsam gelassen und einem Andern anvertraut hat, sondern letztere ihm gestohlen oder geraubt wurde, also gegen oder ohne seinen Willen aus seinem Gewahrsam (seiner Gewere) kam. In Art. 923 zit. ist von einer solchen Ausnahme allerdings nicht die Rede. Demungeachtet ist sie für das provinzielle Privatrecht unbedenklich anzunehmen und zwar aus folgenden Gründen:

1. Art. 923 spricht von einem Anvertrauen, einem freiwilligen Weggeben der Sache seitens des Eigenthümers als Voraussetzung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ und sagt: in diesem Fall kann sich der Eigenthümer nur an seinen ursprünglichen Kontrahenten, nicht an den dritten Erwerber halten. Darin liegt das *argumentum e*

contrario versteckt, daß bei unfreiwilligem Besitzverlust d. h. wenn z. B. die Sache dem Eigenthümer gestohlen oder geraubt ist, die Regel nicht angewandt werden kann d. h. der dritte Erwerber dem vindizierenden Eigenthümer weichen muß.

2. Damit stimmen nicht nur die im Vorhergehenden besprochenen und zu Art. 923 zitierten älteren provinzialrechtlichen Quellen, sondern auch das deutsche Recht, sowie die neuern ausländischen Gesetzgebungen überein, denen die Regel: „Hand muß Hand wahren“ gleichfalls mehr oder weniger bekannt ist.

3. Nach Artt. 1475 und 1476 muß der Pfandgläubiger, dem eine geraubte oder gestohlene Sache verpfändet wurde, letztere dem sie vindizierenden Eigenthümer sofort ohne jedes Entgelt herausgeben, einerlei ob er im guten oder bösen Glauben war und kann sich — falls er im guten Glauben war -- behufs Schadensersatzes nur an den Pfandschuldner halten. Zwar sprechen diese Artikel nur vom Verpfänden. Allein andererseits gebraucht wiederum Art. 923 den allgemeinen Ausdruck der an einen Dritten seitens des ersten Kontrahenten erfolgten Besitzübertragung an der Sache. Die Regel soll Platz greifen, wenn der Kontrahent des Eigenthümers den Besitz der ihm anvertrauten Sache einem Dritten übertragen hat. Eine Besitzübertragung findet aber nicht nur bei Verpfändungen, sondern in gleicher Weise auch bei allen Veräußerungsgeschäften überhaupt statt, so z. B. bei Schenkungen, Verkäufen etc. Was aber auf Grund der Artt. 1475 und 1476 von einer bloß eventuellen Veräußerung gilt — als welche sich ja jede Verpfändung darstellt — das muß in verstärktem Maße auch von den reinen, wahren Veräußerungsgeschäften gelten. Artt. 1475 und 1476 erscheinen eben nur als Ausnahmen von einer Ausnahme, deren Grenzen durch das Moment der Freiwilligkeit der Besitzübertragung der Sache an den ersten Kontrahenten vom Gesetzgeber selbst in Art. 923 zit. deutlich gekennzeichnet sind, und gegen den Schluß a majori ad minus aus Artt. 1475 und 1476 bestehen keinerlei ernstliche Bedenken.

4. Würde sonst die Anwendbarkeit des die römisch-rechtliche Vindikation gegen jeden Dritten vertretenden Art. 876 einfach illusorisch sein. —

Nun entsteht aber eine sehr wichtige Frage und zwar diese: muß, um die volle Haftbarkeit des dritten Erwerbers dem Eigenthümer gegenüber zu begründen, die Sache gerade letzterem gestohlen oder geraubt sein oder genügt es, wenn sie dem Kontrahenten des ursprünglichen Eigenthümers oder dem dritten Erwerber resp. dessen Rechtsnehmer durch Diebstahl oder Raub abhanden kam oder mit andern Worten: hat der erste Eigenthümer das Vindikationsrecht, wenn die Sache dem dritten Erwerber resp. dessen Rechtsnehmer oder dem Vertrauensmann des ersten Eigenthümers abhanden kam? — Die Frage wird — was zunächst die Person des Dritterwerbers anbetrifft — zu Gunsten des letzteren

resp. seiner Rechtsnehmer d. h. gegen die Zulässigkeit der Vindikation entschieden werden müssen. Obwohl nämlich die Modifikation nur von geraubten, gestohlenen und verlorengegangenen Sachen im Allgemeinen spricht, ohne zu unterscheiden, wem die Sache gestohlen, geraubt oder sonst wie abhandengekommen ist, so unterliegt es doch wohl keinem erheblichen Zweifel, daß die Regel für den ersten Eigenthümer d. h. zu seinen Gunsten nur dann wegfallen kann, wenn der unfreiwillige Besitzverlust auf seiner d. h. des ersten Eigenthümers Seite vorliegt. Dafür spricht der allgemeine Geist unserer Regel, deren Grund eben in dem freiwillig erfolgten Anvertrauen der Sache, in der freiwilligen Übergabe derselben an einen Andern d. h. den Vertrauensmann zu suchen ist. — In Art. 923 ist auch nur davon die Rede, daß der Eigenthümer die Sache einem Andern freiwillig anvertraute. Daraus läßt sich vermittlest des *argumenti e contrario* schließen, daß die Anwendbarkeit der Regel auch nur dann zessiert, wenn der erste Eigenthümer, nicht ein späterer, der für sich schon einen rechtsgültigen, auf Art. 923 gegründeten Erwerb anführen kann, den Besitz der Sache wider seinen Willen einbüßte. Da aber der dritte Erwerber, der die Sache auf Grund des Art. 923 erworben hat, wie später gezeigt werden soll, wirklicher Eigenthümer der Sache wird, so wäre es ein Nonsens, ihn, wenn die Sache ihm selbst gestohlen oder geraubt wird, seines Eigenthumsrechts wieder verlustig gehen zu lassen und dem ersten Eigenthümer die Vindikation zu geben, trotzdem daß jener das Eigenthum gemäß der Regel: „Hand muß Hand wahren“ doch nun einmal erworben hat und es als solches sogar mit voller Wirksamkeit weiter übertragen kann. Würde doch sonst die Regel: „Hand muß Hand wahren“ sich selbst aufheben, was nicht angenommen werden darf. Daran ändert auch nichts, daß auch Artt. 1475 und 1476 nur ganz allgemein von gestohlenen und geraubten Sachen sprechen, ohne in der Person des Bestohlenen oder Beraubten einen Unterschied zu machen. Und was die uns schon bekannte Stelle aus den Wiltenischen Statuten (II, 5, § 2) anbetrifft, so läßt sie sich, wie wir schon gesehen haben, nicht hierherziehen. Braucht aber der gutgläubige Dritterwerber die ihm gestohlene, geraubte oder sonstwie unfreiwillig abhandengekommene Sache weder dem ersten Eigenthümer noch einem andern herauszugeben, eben weil er das Eigenthum daran erworben hat, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß er für seine Person die Sache vom Diebe, Räuber oder bösgläubigen Besitzer jederzeit vindizieren kann, ohne eine auf Art. 923 zit. gegründete Einrede befürchten zu müssen. Wenn aber der dritte Erwerber die Sache seinerseits wiederum einem Andern anvertraut und dieser sie widerrechtlich weiter veräußert oder verpfändet, so verliert er sein Eigenthum an den Kontrahenten seines Vertrauensmannes auf Grund

des Art. 923 — ganz so wie der erste Eigenthümer es an ihn, den Dritterwerber, verloren hatte — und jener Kontrahent kann nicht nur seine, des Dritterwerbers, sondern auch des ersten Eigenthümers Vindikation mittelst Berufung darauf, daß er nach Art. 923 selbst Eigenthümer geworden sei, erfolgreich abwehren. — Wenn nun die Sache gegen den Willen des dritten Erwerbers aus dessen Gewahrsam gekommen, also ihm geraubt, gestohlen oder verloren gegangen ist, so hat allerdings er für seine Person die Vindikation auch gegen jeden gutgläubigen Erwerber der Sache, allein der ursprüngliche Eigenthümer hat sie nicht und kann sie nicht mehr haben, weil er sein Eigenthumsrecht sammt der Vindikation schon früher zu Gunsten des jetzt bestohlenen dritten Erwerbers verloren hatte und dasselbe nun nicht mehr wiedergewinnen kann. Mit andern Worten: Das Moment des unfreiwilligen Besitzverlustes muß in der Person des Vindikanten oder seines Stellvertreters vorhanden sein, damit er die Sache zurückholen kann. Wie ist es aber mit dem Vertrauensmann des ersten Eigenthümers? Muß der dritte Erwerber der Vindikation des ersten Eigenthümers auch dann weichen, wenn sie ihm, dem Vertrauensmann und Kontrahenten des Klägers, geraubt, gestohlen oder sonstwie unfreiwillig aus seinem Gewahrsam gekommen war? Wird der Vertrauensmann als Stellvertreter des ersten Eigenthümers in der Gewere oder im Besitz aufgefaßt, der den Besitz für Letztern ausübt\*), so muß man dem Eigenthümer auch in diesem Fall die Vindikation gegen den dritten Erwerber geben, da im letzten Grunde nur er es ist, der den Gewahrsam der Sache verliert oder mit andern Worten: er verliert den Gewahrsam der Sache in der Person seines Kontrahenten. — Andererseits trifft es aber auch hier wieder zu, daß der Eigenthümer die Sache freiwillig aus seinem Gewahrsam gelassen und seinem Kontrahenten übertragen hat, das Prob. R. aber — wie alle Gesetzgebungen, die das Handwahrehandprinzip aufgenommen haben — die Eigenthumsklage dem ersten Eigenthümer gegen jeden Dritten eben gerade in diesem Fall versagt. Deßhalb führt die erste Auffassung zum Schutz des ursprünglichen Eigenthümers oder sonstig Berechtigten, die zweite dagegen umgekehrt zum Schutz des dritten Erwerbers. — Wenn gleich nun auch für das ältere deutsche und wohl auch für das baltische Recht das Prinzip der Stellvertretung des Eigenthümers im Besitz umso eher abzulehnen ist, als die römisch-rechtlichen Grundsätze über den Besitz und seine Stellvertretung sich mit der alten deutschrechtlichen Gewere

---

\*) Jedoch giebt es immerhin auch Fälle, wo der Vertrauensmann Eigenbesitz (juristischen Besitz) ausübt, so z. B. der Faustpfandgläubiger. Darüber vgl. die folgende Note.

durchaus nicht in allen Stücken deckten, vielmehr der die Sache freiwillig dem Kontrahenten übergebende Eigenthümer damit die Gewere in die Hände des Andern legte, sie insoweit also aufgab, so machte sich doch bald der Einfluß des römischen Rechts auch in der Besitzlehre geltend und verdrängte schließlich die deutschrechtliche Gewere. Und heutzutage ist weder für das deutsche noch das baltische Recht daran zu zweifeln, daß die römisch-rechtlichen Grundsätze über die Ausübung des Besitzes im fremden Namen von den diesbezüglichen Gesetzgebungen im Ganzen adoptiert worden sind. Was aber die zweite Auffassung anbetrifft, so vergißt sie offenbar, daß zu den wesentlichsten Voraussetzungen der Anwendbarkeit unserer Regel gerade auch das Moment der seitens des Vertrauensmannes erfolgenden Uebertragung des Besitzes (vgl. Art. 923 zit.) an einen Dritten auf Grund irgend eines Rechtsgeschäftes gehört, also jedenfalls eine aus freiem Willen unternommene Rechtshandlung, gehört, die aber gerade in diesem Fall, wo die Sache dem Vertrauensmann des ersten Eigenthümers gestohlen, geraubt oder sonstwie ohne oder gegen seinen Willen abhanden gekommen ist, offenbar fehlen dürfte. Denn in der Person desjenigen, von dem der in Anspruch genommene gegenwärtige Besitzer der gestohlenen oder geraubten Sache seinen Besitzerwerb herleitete d. h. die Sache erworben hatte, — und das wird häufig gerade der Dieb oder Räuber sein — lag kein äußeres Vertrauensverhältniß zum ersten Eigenthümer vor, wie in dem Normalfall unserer Regel, nämlich wenn letzterer die Sache seinem Kontrahenten freiwillig übergeben d. h. anvertraut hatte, es wäre also auch kein ersichtlicher Grund vorhanden, dem Eigenthümer irgend einen Vorwurf zu machen, z. B. daß er in der Auswahl seiner Vertrauensmänner ein nicht genügendes Maß von Vorsicht und Sorgfalt beobachtet hätte, und somit die ihn etwa treffende nachtheilige Folge des Eigenthumsverlustes als selbstverschuldet hinzustellen. Und ebensowenig lag ein Grund vor, den Inhaber der Sache gegen die Eigenthumsklage zu schützen, da letzterer seinen Erwerb nicht einmal vom Vertrauensmann des Klägers, sondern von einem Andern, vielleicht sogar vom Diebe oder Räuber selbst herleitete und doch jedenfalls wissen mußte, mit wem er kontrahierte. Man darf also den Eigenthümer unter einer Folge, die weder er, noch sein Vertrauensmann, sondern ein Dritter verschuldet hat, unmöglich leiden lassen und ihm die Möglichkeit sein Eigenthum zu verfolgen, ein für alle mal abschneiden. Folglich muß der Eigenthümer die Eigenthumsklage gegen den Besitzer der Sache haben und die Sache letzterem entwinden können.

Somit würde also die Regel „Hand muß Hand wahren“ nach baltischem Recht auch dann wegfallen, wenn die Sache dem Vertrauensmann des ersten Eigenthümers abhanden kam\*). —



Wir haben gesehen, daß die Regel des Art. 923 zit. zeffiert, wenn die Sache gegen resp. ohne den Willen ihres Eigenthümers aus dessen Gewahrsam kam d. h. ihm gestohlen oder geraubt wurde, insofern nämlich jetzt der dritte Besitzer der Sache dem klagenden ersten Eigenthümer haftbar wird und sich wegen eventuellen Schadensersatzes nur an seinen Auktor halten kann. — Das hervorgehobene ausschlaggebende Moment der Freiwilligkeit des Besitzüberganges liegt aber offenbar bei den dem ersten Eigenthümer verloren gegangenen Sachen ebenso wenig vor, wie bei geraubten oder gestohlenen. In Erwägung dessen wird man alle diejenigen Gründe, die im Vorhergehenden für den Wegfall der Regel „Hand muß Hand wahren“ bei vindikation gestohlener oder geraubter Sachen angeführt worden sind, auch für diejenigen Fälle gelten lassen müssen, wo es sich um eine verlorene Sache handelt. Eine unzulässige Ausdehnung einer als solcher stets strikt zu interpretierenden Ausnahme dürfte angesichts einer solchen Begründung hier wohl kaum vorliegen. — Nicht aufgenommen worden ist in unser Provinzialgesetzbuch die von manchen Gesetzgebungen, namentlich denen der frühern deutschen Partikularstaaten adoptierte Bestimmung betreffs der auf öffentlichen Märkten oder in Kaufläden von dem zum Handels- oder Gewerbebetrieb Befugten innerhalb seines Handels- oder Gewerbebetriebes veräußerten Sachen (Waaren), nämlich, daß solche Sachen auch wenn sie geraubt oder gestohlen waren, von ihrem ursprünglichen Eigenthümer nicht mehr vindiziert werden können, ausgenommen wenn jene Personen um die Thatsache des Diebstahles resp. Raubes etwas wußten. (Vgl. S. 145—147 und S. 194 dieser Abhandlung und die am Schluß der geschichtlichen Ausführungen angeführten Gesetzgebungen.) —

Ebenso wenig läßt sich eine abweichende rechtliche Behandlung der Leih-, Pankhäuser und Lombarde hinsichtlich der ihnen verpfändeten Mobilien für das Provinzialrecht konstatieren. Auch diese unterliegen

\*) Vgl. überh. auch Stobbe, Handbuch, V. II, § 146, S. 653 und § 571 Note 6; Gierke, Deutsches Priv. R., V. II, S. 565, Note 61, welcher letztere namentlich darauf hinweist, daß auch in einigen ältern deutschen Statutarrechten dem Eigenthümer in diesem Falle die Vindikation seiner Sache gegeben wurde und solches auch vom französischen Recht und dem Oesterreichischen V. G. B., § 367 befolgt werde. In denjenigen Fällen nun, wo der Vertrauensmann den Besitz nicht als Stellvertreter, sondern im eigenen Namen ausübt, (wie das z. B. beim Pfandgläubiger, Sequester Prokuristen der Fall ist), läßt sich mit dem Moment der Stellvertretung allerdings nichts anfangen. Allein dennoch muß auch in diesem Fall dem ersten Eigenthümer die Vindikation gestattet werden, da es an einer der wesentlichen Voraussetzungen unserer Regel, nämlich der Besitzübertragung seitens des Vertrauensmannes an den dritten Erwerber fehlt, denn die Sache wurde eben schon dem Vertrauensmann gestohlen, geraubt oder von ihm verloren, d. h. sie war ihm gegen seinen Willen abhanden gekommen.

daher unserer Regel in den hier angegebenen Grenzen, müssen also gestohlene, geraubte oder betrügerisch entwandte Sachen ihrem Eigenthümer jedenfalls herausgeben. — Jedoch können die Statuten als Allerhöchst bestätigte Ausnahme- resp. Spezialgesetze auch abweichende Bestimmungen enthalten und werden es wohl auch in den allermeisten Fällen, so z. B. daß auch gestohlene oder geraubte Sachen vom Lombard nur gegen Erstattung der Darlehenssumme herausgegeben zu werden brauchen (vgl. auch das Geschichtliche in unserer Abhandlung). — Manche Bankinstitute, wie auch namentlich die Reichsbank in Rußland, vertreten den Standpunkt, daß eine Verpflichtung, die bei ihr niedergelegten Werthe oder Sachen in Grundlage der Artt. 375 und 377 der Kriminalprozeßordnung und der Artt. 1664 und 1875 des Strafgesetzbuches auch auf diesbezügliche Requisitionen der Behörden, so z. B. des Untersuchungsrichters oder Procureuren herauszugeben, für sie in keinem Falle bestehen, namentlich auch in dem Falle nicht, wenn der Verdacht vorliegt, daß jene Vermögenswerthe in verbrecherischer Weise erlangt, also von einem Unberechtigten deponiert worden waren und zwar wird diese Weigerung unter Anderem auch da mit motiviert, daß es eine Verletzung des Geschäftsgeheimnisses involviere, wenn die Bank angeben wollte, welcherlei Vermögenswerthe bei ihr deponiert worden wären und auf welchen Namen resp. von wem solches geschehen sei. Umfoweniger verstehen sie sich dazu, einem diesbezüglichen, von Privatpersonen ausgehenden Anverlangen Folge zu geben. Obwohl nun das Statut der Reichsbank ein solches Verhalten wenigstens insofern rechtfertigt, als nach Art. 96 (Vgl. B. XI des Св. Зак.) in der Bank verpfändete Waaren bis zur gänzlichen Bezahlung der Pfandschuld wegen keinerlei Klagen, selbst der Krone nicht, sequestriert werden dürfen, so können doch — für das baltische Recht wenigstens — nur die allgemeinen Grundsätze des Th. III des Prob. R. in Anwendung kommen und diese schützen den derzeitigen Erwerber der Sache gegenüber jeder Klage des frühern Eigenthümers oder sonst Jemandes, mit Ausnahme der Fälle des Diebstahls und Raubes, woher denn die Bank in der That garnicht berechtigt ist, die betreffenden Gegenstände andern als den Personen, denen sie im Momente der Deposition gehörten resp. die sie vor diesem Moment schon erworben hatten, herauszugeben, allein nicht auf Grund der vorhin erwähnten Erwägung, sondern wegen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ \*), aber allerdings nur innerhalb der Grenzen derselben. —

\*) Ueber das innerrussische Privatrecht des B. X des Swojs der Reichsgesetze (Artt. 1409 und 1512) sowie über die in dieser Beziehung vielfach schwankende Praxis des Senats vgl. man den Aufsatz von „Ф. Гр.“ in Nr. 72 der „Юридическая газета“, Jahrg. 1905, unter dem Titel: „Къ вопросу объ истребованіи добытыхъ проступнымъ путемъ цѣнностей, хранящихся въ государственныхъ кредитныхъ установленніяхъ,“ Seite 2.

Nachdem so Umfang, Ausnahmen und Beschränkungen der in Art. 923 ausgedrückten Regel festgestellt sind, ist auf die speziellen einzelnen Voraussetzungen derselben einzugehen. —

Allem zuvor ist nun in dieser Beziehung darauf hinzuweisen, daß als erste und Hauptvoraussetzung für die Anwendbarkeit der durch Art. 923 statuierten Ausnahme von der gewöhnlichen, dem römisch-rechtlichen Prinzip entsprechenden Behandlungsweise der jedem Dritten gegenüber durchsetzbaren provinzialrechtlichen Eigenthumsklage als Gegenstand derselben eine Sache\*), an welcher dem Betreffenden das Eigenthum zusteht, verlangt wird. Allein nicht Alles, was in Grundlage der Art. 529 ff. nach ostsee-provinziellem Privatrecht Sache ist, kann hier in Frage kommen. Sachen können nach Prov. R. auch unkörperliche sein. Allein nach Art. 923 kann nur eine körperliche Sache in Betracht kommen und zwar nach den Worten dieses Artikels nur eine bewegliche:

... „wenn der Eigenthümer eine bewegliche Sache einem Andern anvertraut“ ...

Unkörperliche Sachen wie z. B. Rechte und unbewegliche Sachen werden folglich von Art. 923 nicht getroffen. \*\*) Bei unkörperlichen Sachen wäre schon ein „Unvertrauen“ und die einen körperlichen Besitz voraussetzende Besitzübertragung abseiten des trenlosen Kontrahenten undenkbar. Bei Immobilien würde dem dritten Erwerber unser Grundbuchprinzip entgegenstehen, daß — wenn wir von dem Erwerb durch Erbsitzung absehen — den Erwerb des Eigenthums erst mit erfolgter Auftragung des Immobilis auf den Namen des Erwerbers eintreten läßt (vgl. Art. 809 Th. III des Prov. Rs.). Dem Kontrahenten des ersten Eigenthümers würde aber der von der Krepostbehörde zu verlangende Verkaufstitel d. h. der Nachweis der Verkaufsberechtigung mangeln, sodaß die Korroboration des Kaufkontraktes seitens der zuständigen Krepostbehörde ex officio zu verweigern wäre. Eine Inanspruchnahme des dritten Erwerbers nach Maßgabe des Art. 923 wäre also bei Immobilien unkonstruierbar, zweitens aber auch unnöthig, da der eventuelle Käufer eines Immobilis, welcher von der ihm jederzeit offenstehenden Möglichkeit, die Veräußerungsberechtigung des Verkäufers auf Grund der Krepostbücher zu prüfen, nicht Gebrauch gemacht hat, es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er in Folge seiner eigenen Nachlässigkeit in Angelegenheiten kommt. Denn die Rechtsordnung

\*) So wird z. B. auch in Art. 924 vom Aufschilling für die verkaufte Sache oder vom Werthe der geschenkten Sache gesprochen. — Auch in den Fällen der Artt. 925 und 926 ist immer nur von einer Sache — und zwar nur von einer körperlichen Sache — die Rede. —

\*\*) So auch das gemeine deutsche Privatrecht, vgl. Phillips, l. c., B. I, Seite 464.

kommt nur den Sorgsamern, nicht den Nachlässigen zu Hilfe, es ist nicht ihre Aufgabe, der Nachlässigkeit Vorschub zu leisten. — Dagegen ist die Regel: „Hand muß Hand wahren“ auf Sachengesamtheiten, insoweit sie sich aus körperlichen Sachen zusammensetzen, jedenfalls anwendbar. —

Auch das Geld ist zwar an und für sich eine körperliche Sache, allein aus besonderen Gründen wird dasselbe nicht Gegenstand der Regel: „Hand muß Hand wahren“ sein können. Die juristische Natur des Geldes ist die eines allgemeinen Tauschmittels und Werthmessers. Darin besteht zugleich auch die ökonomische Bedeutung dieses — leider — größten sozialen Machtfaktors der Jetztzeit. — Sollte nun Art. 923 auch auf das baare Geld Anwendung finden, so würde das zu den allerbedenklichsten Konsequenzen führen. Man müßte nämlich in diesem Fall von der Voraussetzung ausgehen, daß z. B. A, der eine ihm gehörende Geldsumme dem B in Verwahrung gegeben hat, dieselbe vom Kaufmann C, von welchem B für jene Summe, die er sich angeeignet hatte, Waaren gekauft hat, mit der Eigenthumsklage abfordern könne. Das würde aber zunächst eine völlige Rahmlegung des Baarhandels bedeuten. Jeder Kaufmann müßte sich vorher genau vergewissern, ob der seinen Laden betretende Kunde auch die Dispositionsberechtigung über das von ihm zu zahlende Geld habe. Also müßte er, um sicher zu gehen, vor jedem einzelnen Verkauf eines auch noch so geringfügigen Gegenstandes die genauesten Erkundigungen über die Zuverlässigkeit des Käufers einziehen und letzteren unter Umständen eine geraume Zeit warten lassen. Eine solche Erschwerung der Baarkäufe — die in der Absicht keines vernünftigen Gesetzgebers liegen kann — würde aber gleichbedeutend mit einer gänzlichen Aufhebung solcher Baarkäufe sein. Das hieße doch wohl den Kaufleuten und dem Publikum zu viel zumuthen \*). Man wird daher die Zulässigkeit der Eigenthumsklage in diesem Falle vielmehr unter allen Umständen leugnen müssen, umso mehr als auch nicht unerhebliche Gründe juristischer Natur gegen dieselbe sprechen. Da nämlich das Geld nur ein Werthmesser für die materiellen Güter des menschlichen Lebens ist, so kann der Eigenthümer des Geldes wegen

---

\*) Wir haben schon früher gesehen, daß das ältere Deutsche Recht sowie manche neuen Gesetzgebungen dem Handel in Kaufmannsläden, auf Messen und Märkten, sowie öffentlichen Versteigerungen gewisse Konzessionen machten resp. noch gegenwärtig machen, insofern als eine Sache, die in einem Laden, auf dem Markt oder einer Messe gekauft wurde, vom Eigenthümer dem gegenwärtigen Besitzer auch dann nicht abgefordert werden darf, wenn sie nachweislich gestohlen oder geraubt war. Ähnliche Erwägungen sind auch für das in dem im Text Angeführte maßgebend. — Uebrigens kennt das provinzielle Recht eine solche Beschränkung der Eigenthumsklage nicht. Nach letzterem soll es eben nur darauf ankommen, ob die Sache eine geraubte oder gestohlene war. Auf das vom frühern deutschen Recht betonte Moment der Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes abseits der Person gerade des Eigenthümers wird also hier scheinbar kein Gewicht gelegt.

des letzteren nicht die Eigenthumsklage anstellen — und wird es heutzutage auch wohl niemals thun — sondern höchstens die Kontraktssklage auf den Geldwerth d. h. die bestimmte Geldquantität. Diese aber wäre schon an sich nur gegen den treulosen Kontrahenten des Klageberechtigten möglich, nicht gegen den dritten, in unserem Falle den Kaufmann C, denn mit diesem hatte A, der Eigenthümer des Geldes gar nichts zu thun, er hatte nur mit seinem Kontrahenten B kontrahiert. Die Voraussetzung des Art. 923 ist aber gerade die, daß gegen den dritten Erwerber die Eigenthumsklage angestellt wird, der gegenüber sich letzterer mittelst Berufung auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ vertheidigen kann. Da nun die Eigenthumsklage gegen den dritten Erwerber unabhängig von der Regel: „Hand muß Hand wahren“ nicht möglich ist, zu gleicher Zeit aber auch die Kontraktssklage gegen ihn nicht anstellbar erscheint, so ist der Anwendung des Art. 923 offenbar der Boden entzogen. Der dritte Erwerber bedarf außerdem hier garnicht mehr dieses Schutzes, da er schon anderweitig geschützt ist. — Weiterhin erscheint es durchaus mißlich, vom „Besitzen“ des Geldes im provinzialrechtlichen Sinn des Wortes zu sprechen. Bei dem juristischen Begriff „Besitz“ denkt man doch in der Regel an individuell oder generell bestimmte körperliche Sachen, die, obwohl sie Geldeswerth haben, doch nicht selbst baares Geld sind. Daß auch Art. 923 nur diesen Sachsbegriff im Auge gehabt haben kann, wenn er als Voraussetzung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ die (unberechtigte) Weiterübertragung des Besitzes an der Sache seitens des Kontrahenten des Eigenthümers an den dritten Erwerber hinstellt, beweist unter Anderem die beispielsweise Bezugnahme auf die Verpfändung und das Leihen und überhaupt das freiwillige Weggeben der Sache, was auf baares Geld unanwendbar erscheinen dürfte. Denn wie soll man sich eine Verpfändung einer baaren Geldsumme oder die Anwendung der Grundsätze über das Kommodat auf dieselbe vorstellen? Können nach Art. 3737 und 3738 Th. III des Prov. Rs doch nur nichtverbrauchsare Sachen Gegenstand des Kommodats sein, da ja der Kommodatar zur Rückgabe des individuell bestimmten Gegenstandes verpflichtet ist, diese in Art. 3737 statuierte Verpflichtung aber beispielsweise bei gemünztem Gelde bezüglich ihrer thatsächlichen Erfüllung weder kontrollierbar erscheinen noch auch einen Sinn haben dürfte. Andererseits ist auch ein Gebrauch des Geldes ohne gleichzeitigen Verbrauch desselben undenkbar. Durch den Verbrauch aber seitens des Kommodataren würde der Kommodant sich des Eigenthums am Gelde begeben, was nach Art. 3741 nicht stattfinden soll. — Ebenso wenig kann natürlich das Geld Gegenstand einer Verpfändung oder etwa eines Prefariums sein.

Ferner erscheint als Hauptanwendungsfall der Regel: „Hand muß Hand wahren“ die Veräußerung der Sache seitens des Kontrahenten des

Sacheigenthümers an den dritten Erwerber. Beim baaren Gelde läßt sich aber eine solche Veräußerung in diesem Sinn ebensowenig denken wie ein „Besitz“ an demselben in der Person des Eigenthümers, seines Kontrahenten oder des dritten Erwerbers. Art. 924 führt aber vorzugsweise solche vollständige (Kauf, Schenkung) oder eventuelle (Pfändung) an der fremden Sache vorgenommenen Veräußerungsakte an, bei denen der dritte Erwerber nach Esthländischem Stadtrecht eines gewissen Schutzes gegen die ihn treffende Schädigung theilhaftig werden soll. Dieser Schutz soll — wie wir gesehen haben — darin bestehen, daß er vom Bindikanten die Erstattung des Kauf- oder Pfandschillings oder des Werthes der geschenkten Sache verlangen kann. Bei einer Geldsumme als Anwendungsfall der Regel: „Hand muß Hand wahren“ wäre aber ein derartiger Schutz überall nicht statuirbar (freilich auch garnicht nöthig). Somit hätte Art. 924 für die große Mehrzahl der Fälle absolut keinen Sinn oder mit andern Worten: die Regel „Hand muß Hand wahren“ wäre für das Esthländische Recht in ihrer Anwendbarkeit zum größten Theil illusorisch. In verstärktem Maße würde das für den Fall gelten, wo ein Schiffer, Fuhrmann oder Handwerker in den Liv- oder Esthländischen Städten die ihm zum Verführen, Versenden oder Verarbeiten gegebene Sache einem Dritten veräußert oder verpfändet. Art. 926 wäre also in diesem Falle unanwendbar, während von einer solchen ausnahmsweisen Unanwendbarkeit doch weder in Art. 924, noch in Art. 926 die Rede ist. —

Nimmt man hinzu, daß die älteren provincialrechtlichen Quellen in Uebereinstimmung mit den Quellen des ältern deutschen Rechts immer nur von einem Verkaufen, Veräußern, Versetzen der dem Kontrahenten des Sacheigenthümers anvertrauten Sache sprechen, sowie daß eine Reihe von neuern Gesetzgebungen, wie z. B. das Deutsche B. G. B., die Entwürfe das Ungarischen und des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (vgl. die im Früheren angezogenen §§ dieser Gesetzgebungen) eine Haftung des dritten Erwerbers ausdrücklich auch für den Fall ablehnen, daß es sich in casu concreto um eine dem Kontrahenten des Eigenthümers oder sonst wem gestohlene oder geraubte und dem dritten Erwerber gezahlte Geldsumme handelt, so kann man für das ostseeprovinzielle Privatrecht offenbar zu keinem andern Resultat gelangen. Mithin wäre die Annahme gerechtfertigt, daß unter dem Ausdruck: „Sache“ in Art. 923 jedenfalls nicht baares Geld verstanden werden kann. Der dritte Eigenthümer haftet also hier dem erwiesenen Eigenthümer des Geldes — wofern er nur im guten Glauben war d. h. nicht wußte, daß das ihm gezahlte Geld gestohlenes war — sowieso unter keinen Umständen. Ist also die Beschränkung der dem Herrn des Geldes wegen des letztern zustehenden Klage jedem Dritten gegenüber ohnehin schon in jedem Fall vorhanden, so bedarf es keiner besondern, den Dritten in seinem Erwerbe schützenden Ausnahmestatuirung wie der durch Art. 923:

gegebenen. Schließlich wird auch — wie wir schon gesehen haben — heutzutage die Klage, mittelst deren Jemand von einem Andern eine bestimmte Geldsumme abfordert, wohl niemals die Eigenthumsklage, sondern in der Regel irgend eine Kontraktssklage z. B. die *condictio certi ex mutuo* sein. Die von Art. 923 statuierte Ausnahme nimmt aber nur auf die Eigenthumsklage Bezug\*). — Andere verbrauchbare Sachen wie z. B. Wein, Früchte 2c. können unter Umständen unter die Regel des Art. 923 fallen, wenngleich z. B. ein Kommodat an denselben nicht möglich ist. — Auf Inhaber- und andere, nicht auf den Namen lautende Werthpapiere, Aktienscheine, Wechsel, Schuldscheine, blankozedirierte Pfandverschreibungen (Obligationen) 2c. wird sich dagegen die Regel wieder anwenden lassen. Auch das neue deutsche B. G. B., das Schweizerische Obligationenrecht Art. 208 und die Zivilgesetzentwürfe Ungarns und der Schweiz lassen — wie wir gesehen haben — den dritten Erwerber solcher Sachen regelmäßig nicht haften. — Dasselbe wird für das Recht der Ostseeprovinzen behauptet werden müssen. Demnach wird man namentlich für das ostseeprovinzielle Recht den Grundsatz aufstellen dürfen: sobald die Sache rein äußerlich genommen eine körperliche ist, — auch wenn sich dieses Körperliche bloß in Gestalt einer Urkunde manifestiert — kann sie unter die Regel: „Hand muß Hand wahren“ fallen, wofür sie nur die konkrete, bloß sinnlich wahrnehmbare äußere Erscheinungs- und Ausdrucksform für das in ihr liegende Recht bildet. Nur das baare Geld macht hiervon eine Ausnahme. In der Praxis der ehemaligen Rigaschen Stadtgerichte wurden Werthpapiere z. B. Sparkassenscheine und Obligationen (Pfandverschreibungen) als möglicher Gegenstand der Vindikation zugelassen und dementsprechend als unter die Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 Th. III des Prov. Rs fallend angesehen\*\*). Rechte können somit in dem Falle

\*) Im Ganzen übereinstimmend Schulze, I. c., S. 181 ff.

\*\*) Vgl. Entsch. des Rig. Vogtgerichts vom 30. Mai 1870 Nr. 56 (Zwingmanns Sammlung B. II, S. 20 ff., Nr. 180), Entsch. des Rig. Landvogtgerichts vom 10. Dezember 1868, Nr. 269 (Zwingmannsche Sammlung, B. I, Nr. 46, S. 91 ff.) und Entsch. desselben Gerichts vom 18. Febr. 1875 (Zwingmanns Sammlung B. IV, S. 52, Nr. 502). — In allen solchen Fällen — und zwar insbesondere bei Inhaberpapieren — erscheint nämlich das in der Urkunde äußerlich verbriefte Recht derart unlöslich mit der Urkunde verknüpft und verbunden, daß die — namentlich für das Recht des deutschen B. G. B. sich bemerkbar machende — Neigung der modernen Rechtsentwicklung und Rechtsauffassung, die Werthpapiere in rechtlicher Hinsicht den körperlichen Sachen gleich zu behandeln, offenbar nur einem unabweisbaren Verkehrsbedürfnis entgegenkommt, vgl. hierüber besonders den Aufsatz von Neukamp: „Finden auf den Verkauf von Inhaberk Aktien die Vorschriften der §§ 459 ff. B. G. B., §§ 377, 378 H. G. B., oder diejenigen der §§ 459 ff. B. G. B. Anwendung?“ in Goldheims „Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen“, Jahrg. 1905, Nr. 1, S. 3. Vgl. auch dazu Schulze I. c., S. 183.

ausnahmsweise als Gegenstand der Regel: „Hand muß Hand wahren“ in Frage kommen, wenn sie in Gestalt einer greifbaren Sache Körper gewinnen, sonst nicht. Dieser Satz folgt unmittelbar aus dem allgemeinen Prinzip des Prov. R., das die Eigenthumsklage überhaupt nur auf körperliche Sachen oder aus mehreren körperlichen Sachen bestehende Sachgesamtheiten abstellt\*). —

Die Regel: „Hand muß Hand wahren“ (Art. 923) ist — wie bereits mehrfach hervorgehoben wurde — dazu bestimmt, den dritten gutgläubigen Erwerber gegen die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers zu schützen. Auf Grund welchen Rechtsgeschäfts ein solcher Erwerb erfolgte, ob auf Grund eines onerosen oder lukrativen z. B. einer Schenkung, eines ein- oder zweiseitigen Rechtsgeschäfts, ist für den endgültigen Erfolg gleichgültig. Wenigstens macht das Gesetz hierbei gar keinen Unterschied, es spricht nur ganz allgemein von der Uebertragung des Besitzes auf einen Dritten, so daß auch die richtige Auslegung nicht unterscheiden darf, welch' ein Rechtsgeschäft der Besitzübertragung zu Grunde liegt, ein oneroses oder lukratives\*\*). In der Mehrzahl der Fälle wird es ein oneroses und zwar ein Kauf sein. Wird ihm nun ein solcher Schutz auch dann zu Theil, wenn der Kauf auf dem Wege der Auktion stattfand? Gewichtige Gründe dürften für eine bejahende Entscheidung dieser Frage sprechen. Vor Allem die Ausdrucksweise, deren sich Art. 923 selbst bedient. Derselbe spricht ganz allgemein von einer Besitzübertragung seitens des treulosen Kontrahenten. In welcher Form dieselbe geschah, wird nicht gesagt. Man hat daher keine Veranlassung, eine Erwerbsform wie die des öffentlichen Verkaufes der Wirksamkeit des Art. 923 zu entziehen, umso mehr als auch die Rechtsbestimmungen des Prov. R. über den öffentlichen Verkauf (Artt. 3944—3970) nichts enthalten, was die Anwendbarkeit der Regel des Art. 923 in Frage zu stellen geeignet wäre. Es widerspricht dem Wesen des Instituts der öffentlichen Versteigerung keineswegs, auch eine eventuell vom Kontrahenten des ersten Eigenthümers veranlaßte Auktion, auf Grund welcher der Zu-

\*) Cfr. Art. 906 Th. III des Prov. R. Das Inhaberpapier z. B. ist also nach Prov. R. keineswegs als unkörperliche, sondern vielmehr als körperliche Sache aufzufassen, siehe auch über den Sachbegriff des Prov. R. Erdmann, System B. I, S. 132 ff.

\*\*) In Art. 924 — freilich nur einer Modifikation unserer Regel — wird sogar der Schenkung als eines zum Schutz gegen die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers berechtigenden Erwerbstittels auf Seiten des dritten Erwerbers ausdrücklich Erwähnung gethan, worauf auch Gierke deutsches Priv. R., B. II, S. 566, Nr. 67 ausdrücklich aufmerksam macht. — Im Gegensatz zum baltischen Recht schützt das Oesterreichische B. G. B. § 367 nur den entgeltlichen (rechten) Erwerb des Dritten, versagt also letzterem bei dem durch lukrative Rechtsgeschäfte erlangten Erwerbe den sogar nur auf Werthersatz gerichteten Anspruch.



schlag der Sache an den Meistbietenden erfolgte, als eine Weiterübertragung des Besitzes aufzufassen und demgemäß den definitiven Erwerber der Sache, sofern er nur im guten Glauben und die Sache nicht gestohlen oder geraubt war, gegen die Windikation des ersten Eigenthümers zu schützen. In diesem Fall ist die Eigenthumsklage gegen den dritten Erwerber also nicht gegeben. Allein noch mehr. Die von der Versteigerung handelnden Artt. 3944—3970 enthalten deutliche Hinweise darauf, daß auch der auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung erfolgte Erwerb des Dritten unter die Bestimmung des Art. 923 zit. fällt. Das entscheidende Gewicht ist auf Art. 3969 zu legen. Derselbe läßt nämlich die Aufhebung auch des durch Zuschlag an den Meistbieter abgeschlossenen Kaufkontrakts aus ganz denselben Gründen zu, wie solche bei den *privatim* zu Stande gekommenen Käufen Platz greifen, mit alleiniger Ausnahme des Falles der Verletzung über die Hälfte, deren Geltendmachung im Falle einer öffentlichen Versteigerung unzulässig ist. Daraus kann man umgekehrt schließen, daß alle Fälle und Bedingungen, unter denen Verkäufe gültig sind, also nicht angefochten werden können, bei den auf dem Wege öffentlicher Versteigerung abgeschlossenen Verkäufen im allgemeinen — abgesehen von den besondern Formvorschriften der letztern (vgl. Art. 3970) — keine anderen sein können, als bei den *privatim* abgeschlossenen Verkäufen. Im Grunde nur dem Art. 3969 entsprechend ist es, wenn Art. 3970 in B. 5 unter den zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde hinsichtlich eines in *casu concreto* erfolgten Zuschlages der versteigerten Sache berechtigenden Gründen auch noch die Unzulässigkeit der Versteigerung der Sache nennt und in dieser Beziehung auf die Artt. 3954 und 3955 verweist, von denen der erste ganz direkt sagt:

„In Beziehung auf den zu veräußernden Gegenstand kommen die allgemeinen Bestimmungen der Art. 3833 fgg. auch bei der Versteigerung in Anwendung.“

Unter den von Art. 3954 angezogenen Artikeln handeln aber die Artt. 3834—3839 von den Folgen resp. Wirkungen des über eine fremde Sache abgeschlossenen Kaufkontrakts, von welchen wir schon gesehen haben, daß er in der Regel ungültig ist. Da nun aber Art. 3839 den Kaufkontrakt über eine fremde Sache ausnahmsweise dann für gültig erklärt, wenn die Voraussetzungen des Art. 923 — auf den wiederum direkt verwiesen wird — vorliegen, mithin also wenigstens eine mittelbare Verweisung des Art. 3970 B. 5 auf Art. 3839 und damit zugleich auf Art. 923 gegeben ist, so folgt daraus, daß nicht nur jene in Art. 3833 ff. enthaltenen Bestimmungen über die eventuelle Ungültigkeit des über eine fremde Sache abgeschlossenen Kaufkontrakts, sondern auch die in Art. 3839 statuierte Ausnahme von dieser Ungültigkeit in gleicher Weise auch auf den Erwerb der Sache seitens des

dritten Erwerbers, der auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung erfolgte, zu beziehen sind. —

Die Regel des Art. 923 zit. ist übrigens auch auf den Erbeinsetzungsvertrag (vgl. Artt. 2481 ff.) anzuwenden, dessen Gegenstand nach Art. 2484 auch eine bestimmte einzelne Sache sein kann. In dieser Hinsicht enthält die Anmerkung zu Art. 2494 die ausdrückliche, durch Berufung auf Artt. 923 ff. gestützte Bestimmung, daß der Vertragserbe nicht befugt ist, eine bewegliche Sache demjenigen abzufordern, der sie vom Erblasser in Grundlage der Regel: „Hand muß Hand wahren“, also im guten Glauben erworben hat\*), auch wenn die Veräußerung derselben seitens des Erblassers in der offenbaren Absicht erfolgte, das Recht des Vertragserben auf die ihm vertragsmäßig zugewandte Sache zu vereiteln\*\*). —

Die zweite Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Regel: „Hand muß Hand wahren“ ist die, daß der Eigenthümer der Sache letztere einem Andern anvertraut hat, wofür Art. 923 beispielsweise das Deponieren und Verpfänden anführt. Nur muß das Weggeben der Sache, von welchem Art. 923 spricht, freiwillig erfolgen. — Diese Freiwilligkeit des Weggebens der Sache ist ein sehr wichtiges Moment, ja, vielleicht die wichtigste Voraussetzung der Anwendbarkeit unserer Regel. — Jeder unfreiwillige Besitzverlust, wie z. B. der auf dem Wege des Diebstahls oder Raubes erfolgte, läßt unsere Regel nicht zur Perzeption gelangen und berechtigt den Eigenthümer zur vindikation, ein Punkt, der seiner Wichtigkeit wegen einer etwas nähern Ausführung bedarf. — Es entsteht nämlich jetzt die überaus wichtige Frage, wann eine Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes vorliegt oder mit andern Worten wann man vom ersten Eigenthümer sagen kann, daß die Sache wider oder ohne seinen Willen aus seinem Gewahrsam gekommen sei? Die einfachsten Fälle sind die des Diebstahls, Raubes und des Verlorengehens, von denen schon an einer frühern Stelle die Rede war. Ist die Sache dem ersten Eigenthümer gestohlen, geraubt oder verloren gegangen, so kann über das Moment der Unfreiwilligkeit des Gewahrsamsverlustes kein Zweifel obwalten und ebenso unzweifelhaft ergiebt sich die Unanwendbarkeit unserer Regel, wenn die Sache dem Vertrauensmann des ersten Eigenthümers gestohlen oder geraubt wurde, indem auch hier von einem freiwilligen Besitzübergang nicht die Rede sein kann, soweit der Vertrauensmann Stellvertreter des Eigenthümers im Besitz ist, letzterer also den Besitz

\*) Vgl. Erdmann, System, B. III, § 272, C. 374.

\*\*) Wiewohl er in den Fällen, wo die Voraussetzungen unserer Regel nicht zutreffen, mit der Aufsechtung solcher Veräußerungen sicher Erfolg haben dürfte.

fortdauernd in der Person seines Stellvertreters ausübte \*). Diese Fälle bedürfen daher auch — mit einer einzigen Ausnahme \*\*) — angesichts unserer vorherigen Ausführungen keiner weiteren Erläuterung mehr. Wie aber, wenn die Sache dem Eigenthümer selbst durch Zwang oder Betrug abgenommen oder richtiger: seinem Gewahrsmann entlockt wurde, oder wenn er sie in Folge eines wesentlichen Irrthums Jemandem anvertraute? Fällt unsere Regel weg, wenn das zwischen dem Eigenthümer und dem Andern stattgefundene Rechtsgeschäft an einem wesentlichen Mangel leidet, d. h. wenn es durch Zwang, Betrug oder wesentlichen Irrthum veranlaßt war\*\*\*)? Die Entscheidung der Frage kann nur davon abhängen, ob das Moment der Freiwilligkeit der Detentionsübertragung in der Person des Eigenthümers ausgeschlossen wird, wenn Zwang, Betrug oder Irrthum die Weggabe der Sache an den Andern veranlaßten oder nicht? —

Hierbei erscheint es zweckmäßig die Fälle des Zwanges und Betruges gesondert von denen des Irrthums zu behandeln. —

Nehmen wir also zuerst die Fälle des Zwanges und Betruges und behandeln von diesen wieder zuerst den Zwang und dann den Betrug.

Dem Eigenthümer gegenüber ist Zwang angewandt worden und auf diese Weise hat der Zwingende den erstern zum Abschluß des der Weggabe zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts vermocht und die Sache derart an sich gebracht. Ist es nun möglich, bei dem zur Vornahme einer Handlung Gezwungenen noch von einer Freiheit des Willens zu sprechen? Zweifellos nicht. Die Kodifikation verleiht dem sehr bestimmten Ausdruck, wenn sie in Art. 2953 eine durch Zwang, Betrug und Irrthum veranlaßte Willenserklärung eine unfreie d. h. behinderte nennt. Ist also das in casu abgeschlossene Rechtsgeschäft ein erzwungenes, so ist auch die darauf gestützte Weggabe keine freiwillige, sondern eine unfreiwillige. Das wird noch klarer, wenn der Zwang nicht ein psychischer, sondern ein physischer war d. h. in der Anwendung körperlicher Gewaltmittel bestand †). Denn in diesem Fall liegt nach Art. 2981 überhaupt gar keine Willensäußerung vor, letztere ist vielmehr ganz unterdrückt. — Aber auch ein bloß psychischer Zwang

---

\*) Auch kommt noch hinzu, daß der jeweilige Erwerber die Sache doch jedenfalls nicht von dem Kontrahenten des ersten Eigenthümers, dem sie ja gestohlen wurde, erwarb. — In Bezug auf die Person des Vertrauensmann vgl. diese Abhandlung S. 127.

\*\*) Vgl. darüber S. 200 dieser Abhandlung.

\*\*\*) Die Voraussetzung, von der wir hierbei ausgehen, ist immer die, daß das Rechtsgeschäft eben gerade in dem Wege geben der Sache besteht, sich also gleichsam in, mit und unter demselben abwickelt. Dies ist bei den Realverträgen in der Regel stets der Fall. —

†) Man darf dabei durchaus nicht an den Fall der Verraubung denken, denn der Räuber will den Eigenthümer nicht zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes zwingen.

vernichtet die Willensfreiheit, falls nur die durch Drohung bewirkte Furcht eine gerechtfertigte im Sinne des Art. 2983 ist d. h. wenn das angedrohte Uebel ein nicht unbedeutendes, die Ausführung der Drohung mit Grund zu befürchten ist und sich auch durch andere Mittel als durch Nachgiebigkeit nicht leicht beseitigen läßt. — Denn wiewohl die Drohung nach Art. 2986 das Rechtsgeschäft keineswegs von vornherein nichtig, also ganz wirkungslos, sondern nur anfechtbar macht, so kann man doch in diesem Fall vom Eigenthümer nicht sagen, er habe sie freiwillig dem ihn Zwingenden resp. Bedrohenden anvertraut, also letzterem gleichsam sein Vertrauen geschenkt. — Dies aber ist das Ausschlaggebende: denn die Regel des Art. 923 setzt ein freiwilliges Anvertrauen als *conditio sine qua non* ihrer Anwendbarkeit voraus und fällt sogleich fort, wenn das Moment der Freiwilligkeit nicht vorliegt, sondern die Sache ohne resp. gegen den Willen des Eigenthümers aus dessen Gewahrsam kam. — Der ganze Geist unserer Regel spricht für dies Resultat. Denn letztere wird ja nicht nur in die Wendung: „*Hand muß Hand wahren*“ gekleidet, sondern hat auch noch eine andere Ausdrucksform, nämlich, wie wir gesehen, diese: „*Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn wieder suchen*“ \*). Hat aber der seinen „Glauben“ bei Jemandem gelassen, der noch immer unter dem Banne der Drohung stehend seine Sache dem ihn Bedrohenden hingiebt? — Doch wohl schwerlich. Folglich ist unsere Regel im Falle des auf den Eigenthümer ausgeübten Zwanges deßhalb unanwendbar, weil das nothwendige Erforderniß der Freiwilligkeit des Anvertrauens fehlt und daher wird der dritte Erwerber der Sache letztere dem vindizierenden Eigenthümer restituieren müssen, ohne sich auf diese Regel berufen zu können. — Immerhin aber wird man genöthigt sein, die Zulässigkeit der Vindikation auch in diesem Fall noch einigen Einschränkungen zu unterwerfen. Liegen nämlich die Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses und der Detentionsübertragung thatsächlich auseinander, so genügt es zum Wegfall unserer Regel offenbar nicht, wenn der Zwang bloß beim Abschluß des Rechtsgeschäfts auf den Eigenthümer der Sache ausgeübt wurde. — Denn der Gezwungene kann sich betreffs des ihm angethanen Zwanges hinterher sehr wohl beruhigen und dann aus freiem Willen, unbeeinflusst durch die auf ihn früher ausgeübte Drohung, in Erfüllung des Rechtsgeschäfts die Weggabe der Sache vornehmen. In solchen Fällen — die aber bei Realverträgen wohl nur höchst selten vorkommen werden, weil ja diese gerade durch die realiter erfolgte Hingabe der Sache abgeschlossen wurden — ist allerdings ein freiwilliges Anvertrauen vorhanden und

---

\*) Vgl. Erdmann, System, B. II, S. 194, Gerber, System, S. 275, Note 4. —

deßhalb wird der dritte Erwerber gegen die Eigenthumsklage vermöge unserer Regel geschützt werden müssen. In diesen Fällen ist also die erforderliche Willensfreiheit beim Eigenthümer der Sache vorhanden. — Um den Wegfall der Regel, mithin also Zulässigkeit der Eigenthumsklage gegen den dritten Erwerber zu bewirken, ist vielmehr noch des Weiteren erforderlich, daß die durch die Bedrohung bewirkte Furcht die Willensbestimmung des Eigenthümers gerade auch bei dem Akt der Hingabe beeinflusst und ihn zu letzterer geradezu veranlaßt. — Zum Mindesten muß es sich um eine genügend intensive Nachwirkung der durch die Bedrohung erweckten Furcht handeln, von der die Willensfreiheit des die Sache Hingebenden beeinflusst wird. —

Ähnlich wie mit dem Zwange verhält es sich mit dem Betrüge. — Man könnte sich auch hier auf Grund des Art. 2979 geneigt fühlen, den dritten gutgläubigen Erwerber auf Grund des Art. 923 gegen die vindikation des durch Betrug zur Weggabe der Sache veranlaßten Eigenthümers zu schützen, da ein Wille, wenn auch nur ein irregeleiteter, immerhin vorliegt und das Rechtsgeschäft in Bestand bleibt, so lange es vom Betrogenen nicht angefochten wird. Dagegen ist freilich zu erwiedern, daß solange zwar der Betrogene vom Betrüge noch nichts weiß, er mit seiner vindikation gegen den dritten Eigenthümer nicht wird durchbringen können, denn letzterer wird auf die Freiwilligkeit der Besitzübertragung rekurriren. Allein so bald der Betrug ans Tageslicht kommt, wird der frühere Eigenthümer, der durch die rechtswidrige Täuschung des Andern Art. 2977 zu der ihm nachtheiligen Weggabe der Sache veranlaßt worden war, die Sache auch vom gutgläubigen dritten Erwerber zurückholen können, eben weil es sich jetzt herausstellt, daß eine freie Willensbestimmung beim Akt der Weggabe der Sache auf Seiten des Eigenthümers nicht vorhanden oder doch nur künstlich vorhanden war, das Moment des freiwilligen Anvertrauens der Sache also auch in diesem Falle fehlt. \*) —

Traglicher als beim Zwange und Betrüge scheint die Willensunfreiheit bei einem auf Seiten des die Detention übertragenden Eigenthümers abwaltenden Irrthum zu sein, freilich aber nur einem entschuldbaren wesentlichen Irrthum (Artt. 2961, 2964 und 2966), da ein außerwesentlicher Irrthum auf den Bestand des Rechtsgeschäfts nach Maßgabe des

\*) Der Thatbestand des kriminalrechtlichen Betruges (мошенничество) braucht nicht nothwendig vorzuliegen, da der zivilrechtliche Betrug (Artt. 2977—2980 Ch. III des Prov. R.) immer nur in der rechtswidrigen Täuschung eines Andern besteht, vorgenommen zu dem Zweck und mit der Absicht, ihn zu einem zivilrechtlich für ihn nachtheiligen Handeln oder Unterlassen zu bewegen, also um ihm einen Schaden zuzufügen, wogegen das Kriminalrecht stets noch die Absicht des Betrügenden erfordert, den durch Betrug an sich gebrachten Gegenstand zu eigennützigen Zwecken zu verwenden, ihn also in sein Vermögen zu bringen (vgl. Artt. 1665—1676 des Strafgesetzbuches).

Artikels 2962 keinen Einfluß ausüben soll. Denn man könnte sagen, daß der Irrrende doch immer gewollt habe d. h. eine Willensäußerung zum Ausdruck gebracht habe, und ebenso wäre auch hier der Einwand möglich, daß Art. 2976 doch stets eine ausdrückliche Berufung des Irrrenden auf seinen Irrthum erfordere, falls er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts für sich in Anspruch nehmen wolle, bis zu dieser Berufung also das Rechtsgeschäft mit dem Eigenthümer ein gültiges, weil auf freiwillige Detentionsübertragung gegründetes sei, der dritte Erwerber der Sache somit durch Berufung auf unsere Regel Abweisung der vindikation erlangen könne. So zutreffend nun auch diese Einwände wenigstens zum Theil — und zwar besonders für den später zu behandelnden Fall sein mögen, wo es sich um das zwischen dem dritten Besitzer und seinem Auktor abgeschlossene und seinem Besitz zu Grunde liegende Rechtsgeschäft handelt — so halte ich es dennoch für richtiger, im Falle des wesentlichen Irrthums eine Freiwilligkeit der Detentionsübertragung beim Eigenthümer nicht anzunehmen und aus diesem Grunde die Regel: „Hand muß Hand wahren“ für unanwendbar zu erklären und zwar halte ich hier den Art. 2961 für ausschlaggebend, der es ausdrücklich ausspricht, daß der wesentliche Irrthum Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bewirke und die Präsumtion erzeuge, daß der Irrrende überhaupt keine Einwilligung erteilt habe, das Rechtsgeschäft also überhaupt garnicht zu Stande gekommen sei. Wesentlich ist aber nach den Grundsätzen unserer Kodifikation der Irrthum über die Identität der Person (Art. 2966), der Sache (Art. 2964) und über die Art des Rechtsgeschäfts (Art. 2963). — So kann es sein, daß der Eigenthümer den thatsächlich übergebenen Gegenstand mit einem andern verwechselt hat. Er leiht beispielsweise dem A seine Uhr und will ihm eine Nickeluhr geben, allein er versteht sich und giebt anstatt dessen eine ihm gehörige silberne Uhr, die er ihm garnicht leihen wollte, oder aber Jemand leiht einen Regenschirm aus in der irrthümlichen Annahme, es sei der seinige, während er faktisch einem Andern gehört, und diese Beispiele ließen sich noch vermehren. — In solchen Fällen ein freiwilliges Anbetrachten beim Eigenthümer anzunehmen, scheint mir im Hinblick auf Art. 2961 nicht möglich, da er ja eben diese Sache garnicht weggeben wollte. — Die vindikation gegen den dritten Erwerber müßte also dem Eigenthümer in diesen Fällen gegeben und ersterer verpflichtet sein, die Sache unentgeltlich dem vindikanten herauszugeben. —

Immerhin aber gebe ich zu, daß diese Wegfallsgründe unserer Regel im Gesetz und in den älteren Quellen nicht vorgesehen sind, daß jenes und diese vielmehr nur in den Fällen des Diebstahls, Raubes und Verlorengehens einen unfreiwilligen Gewahrsamsverlust auf Seiten des Eigenthümers annehmen, daß auch die Wissenschaft des deutschen Privatrechts sich über diesen Punkt — wie man zu sagen pflegt — „auschweigt“ sowie

endlich, daß auch die neueren Gesetzgebungen die Regel nur im Falle des Raubes, Diebstahls und höchstens noch des Verlorengehens der Sache wegfallen lassen. — Ueberhaupt aber hat die Entscheidung unserer Frage insofern etwas sehr Mißliches, als hier die überaus wichtige Lehre von den zivilrechtlichen Wirkungen des Zwanges, Irrthums und Betruges bei Rechtsgeschäften, von den Einwirkungen dieser Momente auf die Existenz des Willens sowie noch manches Andere, was für unsere Frage von präjudizieller Bedeutung ist, einschlägt, und die Erledigung resp. auch nur einigermaßen erschöpfende Behandlung derselben eine eigene Abhandlung für sich bilden müßte, die uns von unserem eigentlichen Thema weitab führen würde. —

Auf jeden Fall also ist und bleibt die Frage, ob der Eigenthümer, wenn er durch Betrug, Zwang oder wesentlichen Irrthum zur Weggabe der Sache veranlaßt wurde, mit der vindikation gegen den dritten rechtlichen Erwerber durchbringen wird, oder ob seiner Klage die Regel: „Hand muß Hand wahren“ entgegensteht, eine überaus schwierige, deren Lösung wiederum Gegenstand einer besonderen Abhandlung sein könnte. —

Der Begriff des „Anvertrauens“, das der Art. 923 mit dem freiwilligen Weggeben identifiziert, wird von diesem Artikel nicht näher präzifiziert. Der Begriff des „Gebens“ oder „Weggebens“ ist kein juristisch relevanter. Er entscheidet zunächst noch nicht, ob darunter die Uebertragung des juristischen Besitzes an den Andern oder nur der bloßen Detention verstanden sein soll. Dafür, daß die bloße Detention genügend ist, um den Begriff des „Anvertrauens“ herzustellen, spricht aber die beispielsweise Anführung der Hingabe zum Verwahren d. h. zum Depositum. Der Depositar erwirbt aber weder nach römischem noch nach baltischem Recht den juristischen Besitz an der bei ihm hinterlegten Sache, er ist vielmehr bloßer Detentor d. h. naturalis possessor, und ebenso ist es mit dem gleichfalls als Beispiel angeführten Leihvertrag. Wollte man unter dem Anvertrauen in Art. 923 nur die Uebertragung des wirklichen Besitzes, nicht etwa auch der Detention verstehen, so würde man angesichts der von diesem Art. angeführten Beispiele des Hinterlegungs- und Leihvertrages dem Gesetzgeber einen durchaus widersinnigen Selbstwiderspruch in den Mund legen, was aber, so lange es noch an Mitteln, den in casu fraglichen Ausdruck nach seinem eigentlichen, vom Gesetzgeber vernünftiger Weise gewollten Sinn zu erklären, nicht fehlt, offenbar unzulässig wäre. —

Einem solchen „Anvertrauen“ können also alle möglichen Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen, einerlei ob sie juristischen Besitz oder bloße Detention vermitteln. Es kann daher beispielsweise nicht nur ein Prefarium in Frage kommen, das ebenso wie das Pfandrecht juristischen Besitz giebt, sondern auch ein *Commodatum*, wo nur Detention stattfindet. Nur dürfen

diese Rechtsgeschäfte in keinem Falle solche sein, die eine Veräußerung der Sache im Sinn einer Eigenthumsübertragung involvieren. Damit wäre das Moment des „Unvertrauens“ der Sache natürlich verlassen und für die Anwendung des Art. 923 kein Raum mehr: Der Kontrahent des Eigenthümers darf in keinem Fall der Eigenthümer der Sache geworden sein und Ersterer muß es geblieben sein. —

Als dritte Voraussetzung der Regel erscheint die Weiterübertragung des Besizes und zwar offenbar eine solche Weiterübertragung, die dem ausgedrückten oder vernünftigerweise zu vermuthenden Willen des Eigenthümers widerspricht, wofür sie nicht etwa unabhängig von dem Willen des Letztern gesetzlich erlaubt ist. Vor Allem würden hierher gehören sämtliche Veräußerungsakte, einerlei ob sie entgeltlicher oder unentgeltlicher Natur sind, so also z. B. Kauf, Schenkung 2c. (diese beiden, Kauf und Schenkung werden auch von Art. 924 als vorzugsweise Beispiele angeführt), mit einem Worte alle diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Zweck darin besteht, dem andern Kontrahenten für die Zukunft das Eigenthum an der Sache zu verschaffen, dann aber auch solche Rechtsgeschäfte, die eine bloß eventuelle Veräußerung involvieren, im Uebrigen aber doch juristischen Besitz vermitteln. Das ist der Fall mit der Verpfändung und zwar nur mit einer solchen Verpfändung, bei welcher, wie beim Faustpfande, eine Besitzübertragung stattfindet. Auf andere Verpfändungen so z. B. diejenigen, deren Gegenstand ein Immobil ist, läßt sich die Regel des Art. 923 — wie bereits bemerkt wurde — nicht anwenden, da mit solchen eine Besitzübertragung nicht verbunden ist. Da aber nach den neuen Justizgesetzen vom 9. Juni 1889 Hypotheken nur an Immobilien zulässig sind, an beweglichen Sachen aber überhaupt nicht errichtet werden können, so kann das Verpfänden in Art. 923 regelmäßig wohl nur von dem Faustpfande verstanden werden. —

Die Hingabe einer Sache als Faustpfand ist aber nach Prov. R. keineswegs die einzige Form, bei welcher eine Uebertragung des juristischen Besizes stattfindet. Denn auch der Prefarist ist nach Artt. 3765 und 3768 juristischer Besitzer der ihm als Prefarium übergebenen Sache und ebenso auch der Sequester (Artt. 3815 und 3816). Hat also z. B. der Kontrahent des ursprünglichen Eigenthümers der Sache letztere einem Dritten als Prefarium übergeben, so wird sich der Prefarist gegen die vindikation des ursprünglichen Eigenthümers durch Berufung auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 mit Erfolg vertheidigen können\*).

---

\* Das scheint Erdmann System, B. II, S. 193, Anm. 2 offenbar zu übersehen. —



Allein nur die Uebertragung des Besitzes an den dritten Erwerber — sei es nun, daß damit eine totale oder nur eine eventuelle Veräußerung der Sache verbunden war oder daß es sich um ein Prefarium handelte\*) — begründet die Anwendbarkeit der Regel: „Hand muß Hand wahren“. Das ist die dritte Voraussetzung unserer Regel. Die bloß detentionsweise auf Grund eines obligationsmäßigen Rechtsgeschäfts stattfindende Ueberlassung der Sache ist in dieser Hinsicht nicht genügend. Der Dritte, dem z. B. der Kontrahent des Eigenthümers die ihm anvertraute Sache vermietet, kann sich gegen die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers nicht mit der Berufung auf Art. 923 vertheidigen\*\*), denn er ist nicht Besitzer, sondern bloßer Detentor. Art. 923 läßt aber seinen Schutz nur dem (dritten) Besitzer, von dem doch allein die Rede ist, nicht dem Detentor angedeihen. Letzterer ist also gegenüber der vindikation des Eigenthümers so gut wie schutzlos. Bei dieser durch Art. 923 nun einmal geschaffenen, durch den Wortlaut und Geist desselben begründeten positiven Rechtslage könnte man es an dieser Stelle bewenden lassen. Allein dem Juristen darf es nicht verwehrt sein, auch nach dem Grunde, der ratio eines Gesetzes zu fragen. — Weßhalb wird der Detentor in diesem Falle gegen die vindikatio des Eigenthümers nicht geschützt? Vielleicht ist der Grund dafür in Folgendem zu suchen. Ueberall dort, wo auf den dritten Erwerber Besitz übertragen wird, muß letzterer in diesem seinen Besitz gegen jeden Andern geschützt werden. Ihm gegenüber würde auch der vindizierende erste Eigenthümer als Dritter erscheinen, dessen Angriffe abzuwehren ihm die Rechtsordnung gleich jedem Besitzer verstatet. — Auch vom Prefaristen wird das in Art. 3768 Th. III des Prov. Rs anerkannt. Diesen Schutz gewährt mit gewissen Ausnahmen der uns bekannte Art. 923. Einen bloßen Detentor der Eigenthumsklage gegenüber in Schutz nehmen zu wollen, wäre aber juristisch unkonstruierbar und zu weitgehend, daher auch Art. 923 davon abstieht. Terner Dritte als bloßer Detentor wird aber auch für gewöhnlich durch die Versagung des Schutzes in seinen Interessen nicht so schwer geschädigt, wie beispielsweise ein käuflicher Erwerber der Sache. Bei der detentionsweisen Ueberlassung der fremden Sache wird es sich bei der ihr zu Grunde liegenden Obligation meistens um eine solche handeln, bei der ein beiderseitig dauerndes Leisten stattfindet. Einer Schädigung des Dritten für die Zukunft kann nun, wenn ihr auch nicht immer ganz vorgebeugt werden kann, wenigstens dadurch die Spitze abgebrochen werden, daß die beiderseitigen Leistungen, also auch die auf Seiten des Dritten zu erfolgenden, für die Zukunft aufgehoben werden können. Einem Käufer, der seinen Kaufpreis bereits gezahlt hat und nunmehr die Sache herausgeben muß, würde eine solche Aufhebung garnichts helfen, er könnte sich seiner Obligation

\*) Denn Art. 923 spricht nur von einem Weiterübertragen des Besitzes.

\*\*) So auch Erdmann System, B. II S. 193, Note 2.

wegen einzig und allein an den Verkäufer halten. Dieser wird aber eventuell auch noch vom Eigenthümer der Sache in Anspruch genommen. Es ist also ganz gerecht, wenn der Käufer gegen Benachtheiligung geschützt wird. — Dem obligationsweisen Detentor dagegen würde immer noch, falls auf Seiten des Kontrahenten des Eigenthümers ein strafrechtlich zu ahndendes Vergehen z. B. ein Betrug vorliegt, die kriminalrechtliche Belangung seines Kontrahenten offenstehen. —

Was nun die wirklich der Regel des Art. 923 unterliegenden Fälle anbelangt d. h. alle diejenigen, wo es sich um eine an den Dritten erfolgte Besitzübertragung handelt, so kann es sein, daß das ihr zu Grunde liegende Rechtsgeschäft in irgend einer Beziehung an einem Mangel leidet, z. B. der dritte Empfänger der Sache war in einem wesentlichen Irrthum befangen, oder er war zur Empfangnahme der Sache durch Zwang oder Betrug veranlaßt worden. — Ist in solchen Fällen die Eigenthumsklage gegen den neuen Erwerber nicht am Ende durchführbar oder verbleibt ihm nach wie vor der Schutz des Besitzes gemäß Art. 923? Man wird sich wohl unbedingt für das Letztere d. h. für das Verbleiben dieses Schutzes aussprechen müssen. Die Ungültigkeit des zwischen dem Kontrahenten des Eigenthümers und dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts — soweit und sofern die dabei mitspielenden Momente des Zwanges, Betruges oder Irrthums eine solche Ungültigkeit zu Folge haben — kann auf das Verhältniß zwischen dem ersten Eigenthümer und dem dritten Erwerber der Sache gar keinen Einfluß ausüben, sondern einzig und allein auf das Verhältniß zwischen dem dritten Erwerber und dessen Auktor. — Bei einem erzwungenen Rechtsgeschäfte ist das ohnehin klar, denn Art. 2986 berechtigt nur zur Anfechtung des Rechtsgeschäfts, dem die Nichtigkeit ausdrücklich abgesprochen wird und zwar steht diese Anfechtung nur dem Gezwungenen, keinem Andern, also etwa in unserm Falle dem Eigenthümer der Sache zu. Ebenso steht es nach Art. 2979 mit dem Betruge. Auch dieser berechtigt nur den Betroffenen, nicht etwa einen dritten dabei Interessirten zur Anfechtung. Was den Irrthum anbelangt, so ist ein dadurch veranlaßtes Rechtsgeschäft auch nur dann nichtig, wenn der Irrthum ein wesentlicher war (Art. 2961), also z. B. wenn ein Mißverständnis über die Art des Rechtsgeschäfts, die Identität seines Gegenstandes, in der Regel auch der Person vorlag. (Vgl. die vorhin zit. Artt. 2963, 2964 und 2966.) Ein außerwesentlicher Irrthum läßt dagegen das Rechtsgeschäft ohnehin bestehen. Trotzdem wird aber dem die Windikation gegen den dritten Erwerber der Sache anstellenden Eigenthümer von jenem die Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 mit Erfolg entgegengefeßt werden können. Denn auch wer auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts den Besitz an einer Sache erlangt hat, gilt doch immer

als Besitzer und wird als solcher geschützt. Art. 923 läßt aber gerade dem die fremde Sache Besitzenden seinen Schutz angedeihen, wofern er nur im guten Glauben war. Dem Eigenthümer gegenüber erscheint in diesem Fall der dritte gutgläubige Erwerber eben immer als Besitzer. Folglich berechtigt auch der wesentliche Irrthum den Eigenthümer keineswegs, die vom dritten gutgläubigen Besitzer besessene Sache letzterem abzufordern. Lag der Irrthum (und ebenso auch Betrug und Zwang) auf Seiten des ursprünglichen Kontrahenten des Eigenthümers vor, so gelten dieselben Grundsätze. Hielt also z. B. der Auktor des dritten Erwerbers die von ihm letzterem übertragene Sache irrthümlich für seine — wobei natürlich Entschuldigbarkeit des Irrthums vorausgesetzt wird — oder glaubte er irrthümlich vom Eigenthümer zum Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäfts ermächtigt zu sein, so kann sich der dritte Erwerber, den das Alles nichts anzuugehen braucht, gegen die vindicatio des ursprünglichen Eigenthümers dennoch auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ berufen. Daraus geht hervor, daß mit den Voraussetzungen unserer Regel nicht ausnahmslos auch die Merkmale der kriminalrechtlichen Unterschlagung gegeben zu sein brauchen, daß also die Unredlichkeit des unberechtigten Tradenten überhaupt nicht zu den nothwendigen Voraussetzungen unserer Regel gehören dürfte. Denn Art. 923 spricht nur von einer unberechtigten, nicht einer unredlichen Tradition der Sache. Die Qualität des Glaubens scheint also irrelevant zu sein. (Ueber eine wichtige Konsequenz dieses Satzes vgl. man den Schluß dieser Abhandlung). —

Solange aber der Irrthum von keiner Parthei geltendgemacht wird, bleibt das Rechtsgeschäft für beide Theile, den Auktor des dritten Erwerbers und diesen selbst in Kraft (vgl. Art. 2976). —

In der Person des Dritterwerbers ist — wie schon erwähnt wurde — weiterhin erforderlich, daß er den wirklichen (juristischen) Besitz hat und in der That auch haben will. Sobald er die Sache derelinquiert, den Besitz aufgibt oder die Sache sonstwie aus seinem Gewahrsam entkommen läßt oder wenn sie ihm gar geraubt oder gestohlen wird, so schadet ihm das nichts, er kann vielmehr auch jetzt noch der gegen ihn gerichteten Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers mit der aus Art. 923 herzunehmenden Einrede begegnen. — Der Dritte braucht aber den Besitz vom Vertrauensmann des ersten Eigenthümers nicht in Person erworben zu haben. — Es genügt vielmehr, wenn das sein Stellvertreter für ihn thut\*). Von diesem Gesichtspunkt aus können auch juristische Personen als Besitzerwerber in Frage kommen, falls sie nur durch ihre verfassungsmäßigen Vorstände, Kuratoren, Geschäftsführer oder besonders dazu ernannte Bevoll-

---

\*) Vgl. Artt. 630, 631, 645, 646—648 Th. III des Prov. Rs.

mächtigte vertreten werden\*). — Jedoch ist dabei erforderlich, daß der Stellvertreter sich den Besitz vom Vertrauensmann des ersten Eigenthümers übertragen läßt und die Sache in der Absicht apprehendiert, den Besitz nicht für sich, sondern für den von ihm vertretenen Dritten zu erwerben\*\*). Und ebenso muß der Vertretene den Besitz der Sache auch wirklich erwerben wollen\*\*\*). Wurde er von der Besitzergreifung des Stellvertreters noch nichts, hatte er zu derselben weder einen Auftrag gegeben noch denselben ratihabiert, so hat er solange auch den Besitz an der Sache noch nicht erworben†). Es folgt daraus für die Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Provinzialgesetzbuches der wichtige Satz, daß der erste Eigenthümer die von seinem Kontrahenten dem Dritten übertragene Sache offenbar immer noch reklamieren kann, solange er von der Besitzergreifung seines Stellvertreters in dem vorhinbezeichneten Sinn nichts wußte. Denn dann hatte er den Besitz noch garnicht erworben und der erste Eigenthümer resp. sein Vertrauensmann ihn noch nicht verloren. — Man kann aber auch auf dem Wege des sogenannten *constituti possessorii* den Besitz einer Sache erwerben. Wer eine Sache in eigenem Namen besitzt, kann durch bloße Entschlußfassung, fortan für den Andern zu besitzen, den Besitz diesem Andern übertragen und dann hat letzterer den Besitz erworben, ohne daß eine wirkliche Apprehension von seiner Seite erforderlich ist. Daß aber der Besitzwerb durch *constitutum possessorium* vom Provinzialgesetzbuch rezipiert worden ist, erleidet nach dem klaren Wortlaut des Art. 648 keinen Zweifel. Ebenso gewiß ist es aber auf der andern Seite, daß die Regel: „Hand muß Hand wahren“ keine Modifikation der Grundsätze über das *constitutum possessorium* involviert. Art. 923 verlangt nicht, daß die Uebergabe an den Dritterwerber eine körperliche gewesen sein müsse. Es muß deshalb, um die Klage des frühern Eigenthümers zurückzuschlagen, ausreichend sein, wenn sein Vertrauensmann erklärt, von jetzt ab im Namen des Dritten besitzen zu wollen. Denn dann hat letzterer eben den Besitz erworben, ohne daß es noch eines besondern Besitzübertragungs- resp. Besitzergreifungsaktes bedarf, dessen Vollziehung vielmehr fingiert wird. Wenn deshalb die Sache auch de facto noch beim Kontrahenten des ersten Eigenthümers betroffen wird, so kann sich der beklagte dritte Erwerber doch mit der Einrede der Regel: „Hand muß Hand wahren“ gegen die Vindikation ver-

\*) Vgl. Art. 636 *ibid.*

\*\*) Vgl. Art. 645.

\*\*\*) Vgl. Art. 646.

†) Vgl. Art. 646, Th. III des Prov. Rs.

theidigen und wird entsprechende Abweisung der Klage erlangen\*). Jedoch gilt das Vorhergehende selbstverständlich nur in den Fällen, wo der Vertrauensmann juristischen Besitz ausübt. Denn ist er bloßer Detentor, so kann er garnicht den Besitz auf Andere übertragen, weil er ihn selbst nicht hat und „nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.“ Ein bloßer Detentor (naturalis possessor) kann daher auch nicht durch constitutum possessorium auf einen Andern den Besitz übertragen resp. ihn für denselben ergreifen und ausüben. —

Das wichtigste Erforderniß aber, das beim dritten Erwerber der Sache — und zwar auch in den Fällen der Artt. 926 und 1473 — vorhanden sein muß, damit er die Eigenthumsklage mittelst Berufung auf Art. 923 abwehren kann, ist das Vorhandensein des guten Glaubens auf seiner Seite. Der Besitzer muß ein Besitzer im guten Glauben sein\*\*). Mala fides läßt die Eigenthumsklage gegen ihn wiederum wirksam werden. Auch an vielen andern Stellen der Kodifikation ist von dem Erforderniß der bona fides beim dritten Erwerber die Rede, so namentlich in den Fällen, wo letzterer die Sache als Faustpfand, nicht als Eigenthum erwarb, wie z. B. in Artt. 1370, 1418 und 1474. — Dieser Punkt, der auf eins der Haupterfordernisse der Regel: „Hand muß Hand wahren“ hinausläuft, ist so wichtig, daß er einer ausführlicheren Behandlung bedarf. — In dieser Beziehung stehen folgende Fragen im Vordergrund:

1. Was gehört in dem Fall des Art. 923 zum guten Glauben oder mit andern Worten: wann ist der Besitzer der Sache ein gutgläubiger zu nennen?
2. In welchem Momente resp. wie lange muß der gute Glaube beim dritten Erwerber vorhanden gewesen sein?
3. Wie ist hinsichtlich der Beschaffenheit des guten Glaubens im Falle des Art. 923 die Beweislast vertheilt und
4. In Anschluß an den vorigen Punkt: wie gestaltet sich überhaupt die Frage der Beweislast bei der Regel: „Hand muß Hand wahren“ und worauf erstreckt sie sich? —

Ad 1. Da Art. 923 den dritten Erwerber nur als Besitzer schützen will, so muß der auf seiner Seite geforderte gute Glaube so beschaffen sein, wie ihn das Prov. R. für den gutgläubigen Besitzer überhaupt vor-

\*) So auch für das Schweizerische Obl. R. Hafner, I. c., S. 91, Nr. 2a, mit der übrigens ein wenig geschraubten Motivierung, daß auch der, welcher durch const. poss. erwirbt, die Sache derselben Person anvertraut, wie der erste Eigenthümer, und in solchem Falle das Eigenthum des Verlierers den Ausschlag geben müsse. —

\*\*) So auch für das gemeine deutsche Priv. R. Hillebrand, Lehrb., § 62, Seite 215. —

schreibt. Der hier einschlägige Art. 680 Th. III des Prov. Ns bezeichnet aber nur den als redlichen Besitzer, welcher glaubt, daß kein Anderer ein besseres Recht hat, die Sache zu besitzen. Weiß er, daß das Eigenthumsrecht einem Andern als seinem Auktor zufland, daß die Sache beispielsweise eine geraubte oder gestohlene oder überhaupt unbefugter Weise trahierte war oder weiß er es unentschuldbarer Weise nicht, oder sind ihm überhaupt etwaige der Erwerbung des Eigenthums entgegenstehende Hindernisse bekannt (Art. 830 und 1475), so ist er eben in mala fides. War ihm beispielsweise die Sache nur geliehen oder bei ihm deponiert, so mußte ihm die bona fides nothwendigerweise fehlen, so mußte er die Ueberzeugung von einem dem seinigen überlegenen, stärkern Recht haben. — (Vgl. auch Zwingmann, B. VII, S. 78, Note 2.) Mehr aber als diese Ueberzeugung wird zur Redlichkeit des Besitzes nichts erfordert. — Wenn nun der Besitzer diese Ueberzeugung hat, so glaubt er doch auch zugleich, daß er kein Unrecht begeht, denn das Wissen oder schuldvolle Nichtwissen von der Rechtmäßigkeit des Erwerbes resp. Besitzes wäre mit einer solchen Ueberzeugung ganz unvereinbar, es würde letztere eben total ausschließen. Und umgekehrt, wer kein Unrecht zu thun glaubt, der muß nothwendig von der Rechtmäßigkeit seines Thuns überzeugt sein. — Ein Drittes giebt es nicht. — Es ist daher im Grunde nichts weiter als eine unnütze, die Entscheidung der Frage eher verdunkelnde als aufklärende Wortklauberei, wenn das Landvogteigerichtliche Urtheil vom 10. Dezember 1868 sub. Nr. 269\*) sagt:

„Wenn schon aus dieser Definition sich ergibt, daß zu dem guten Glauben nicht die Abwesenheit der Ueberzeugung des Unrechts genügt, vielmehr dazu die positive Ueberzeugung gehört, daß man bei der Erwerbung des Besitzes kein materielles Unrecht begehe, so wird dies unzweifelhaft, wenn man den Art. 680 mit dem Art. 841 in Verbindung bringt . . .“

Andererseits ist aber damit auch zu wenig gesagt. Offenbar kann es nicht genügen, wenn der Besitzer bloß der Meinung ist, daß er ein Recht zum Besitze der Sache habe. Deshalb kann er noch immer malae fidei possessor im Sinne des Art. 923 sein. Es muß vielmehr eben noch die Ueberzeugung hinzukommen, daß er mindestens ein ebenso gutes Recht, wenn nicht gar ein stärkeres auf den Besitz der Sache habe, worauf ja die Worte „als er“ in dem ersten Satze des Art. 680 hindeuten. — Das wäre der dem Art. 680 zugrundeliegende Gedanke in positiver Form ausgedrückt, der die negative Ausdrucksform dagegen: der dritte Besitzer muß der Meinung sein, daß Niemand ein besseres Recht auf die Sache hat als er, inhaltlich gleichwerthig sein dürfte. Daß nur dieses und nichts mehr erforderlich ist, um auf Seiten jenes

\*) Vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, B. I, Seite 90 f., N. 46.

Dritten guten Glauben zu begründen, ergibt sich aus der Art und Weise, wie die Schlufshälfte des Art. 680 zit. den unredlichen Besitzer zum Unterschiede vom redlichen Besitzer charakterisiert. Darnach soll bösgläubig derjenige Besitzer sein, welcher weiß, daß er die Sache zu besitzen nicht berechtigt ist oder daß ein Anderer ein besseres Recht zum Besitze hat\*). Folglich kann — womit ja auch die erste Hälfte des Art. 680 übereinstimmt — ein bösgläubiger Besitz überall nicht angenommen werden, wenn ein solcher Glaube, eine solche Ueberzeugung beim Besitzer in casu concreto nicht vorhanden ist. Kann aber der Besitz in diesem Falle kein unredlicher sein, so kann er nur ein redlicher sein. Eine Mittelstufe zwischen gutgläubigem und bösgläubigem Besitzer giebt es im Recht nicht. Man kann aber auch den guten Glauben, so wie er beim dritten Erwerber vorhanden sein muß, um ihm den Schutz der Regel „Hand muß Hand wahren“ angedeihen zu lassen, in der Weise definieren, daß man sagt: Der dritte Erwerber ist im guten Glauben, wenn er die redliche Ueberzeugung hat, durch die Besitzerlangung an der Sache kein fremdes Recht zu verletzen. Deshalb ist guter Glaube auf seiner Seite nicht nur dann ausgeschlossen, wenn er um das Nichteigenthum seines Vormannes wußte, sondern auch wenn er den Umständen nach und gemäß der auf Treu und Glauben basirenden Verkehrssitte annehmen mußte, daß sein Besitzerwerb ein unberechtigter war, trotzdem aber aus grober, unentschuldigbarer Fahrlässigkeit resp. in leichtfertiger Unbekümmertheit um fremdes Recht die sich ihm entgegenstellenden Indizien oder Verdachtsmomente zu berücksichtigen unterließ\*\*).

Aus der Formulierung des gutgläubigen Besitzes, wie sie uns in Art. 680 entgegentritt, läßt sich aber noch eine weitere Folgerung ableiten. Da nämlich dieser Art. als unumgängliches Erforderniß der Gutgläubigkeit auf Seiten des Besitzers die Ueberzeugung davon verlangt, daß Niemand ein besseres Recht zum Besitze der Sache habe als er, so kann von einer solchen Gutgläubigkeit offenbar nicht mehr die Rede sein, wenn der Besitzer auch nur an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes zweifelt, also z. B. im Ungewissen darüber ist, ob nicht eine andere Person ein besseres Recht auf den Besitz der Sache hat als er\*\*\*). Denn Zweifel schließen Ueberzeugung stets aus, sie lassen eben eine solche gar nicht aufkommen. — Unterstützt wird diese Auffassung von der Beschaffenheit des guten Glaubens durch Art. 841, wo es heißt:

---

\*) So auch App. Erkenntniß des Rigaschen Rathes vom 1. März 1885, Nr. 1772 (bei Zwingmann, B. VII, Seite 78, Nr. 1262). —

\*\*) So für das Schweizerische Obl. R., § 205 Hafner, I. c., Seite 90 f., Nr. 2. —

\*\*\*) So auch das bereits citierte Vogteigerichtliche Urtheil bei Zwingmann, I. c., S. 92. —

„Wenn beim Vorhandensein eines Hindernisses der Besitzer auch nur hinreichenden Grund hatte, die Rechtmäßigkeit seines Besitzes in Zweifel zu ziehen, so gilt er nicht als rechtlicher Besitzer.“

Zwar handelt dieser Art. nur von dem guten Glauben als speziellem Erforderniß der Ersetzung, allein der Zulässigkeit einer Ausdehnung desselben auf den Besitz des Dritten im Falle des Art. 923 dürfte umsoweniger etwas entgegenstehn, wenn man erwägt, daß der Besitz des Art. 923 ebenso zum Eigentumserwerb führt, wie ein solcher durch einen längere Zeit hindurch fortgesetzten Besitz vermittelt wird, der Besitz in beiden Fällen gewissermaßen Eigentumsbesitz ist und daß die hier unzweifelhaft vorhandene Analogie des durch den Besitz vermittelten Eigentumserwerbes in Grundlage des Art. XXI der Einl. zum Th. III des Prob. Rs zu einer derartigen ausdehnenden Anwendung eines zunächst nur auf die Ersetzung bezüglichen Gesetzartikels jedenfalls berechtigt\*). —

Die von Art. 680 geforderte Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit des Besitzes wird — falls die Rechtmäßigkeit de facto nicht vorhanden ist — wie das mehrfach zitierte Urtheil der Zwingmann'schen Sammlung in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doktrin richtig hervorhebt, regelmäßig eine durch Irrthum veranlaßte sein. Allein es kann dabei nur ein entschuldigbarer Irrthum in Frage kommen, also höchstens ein Irrthum über That-sachen. Ein unentschuldigbarer Irrthum dagegen bleibt wie überhaupt so auch im Fall des Art. 923 stets unberücksichtigt. Befand sich der dritte Erwerber der fremden Sache also in einem Rechtsirrtum\*\*) oder hätte er bei Aufwendung eines auch nur gewöhnlichen Maßes von Sorgfalt und Aufmerksamkeit, wie sie jedem Durchschnittsmenschen zu eigen zu sein pflegen, die Unrechtmäßigkeit seines Besitzerwerbes wegen mangelnder Befugniß seines Auktors sehr wohl in Erfahrung bringen können, so wird die Annahme eines redlichen Glaubens auf seiner Seite unmöglich sein, da der Irrthum unentschuldigbar war. — Der gute Glaube des Art. 680 darf also kein leichtfertiger, entweder ganz unbegründeter oder auf bloße vage Vermuthungen gebauter, sondern muß ein durch gute Gründe unterstützter sein. Die Situation muß eine derartige gewesen sein, daß der dritte Erwerber den Umständen nach annehmen durfte, der Veräußerer sei zur Veräußerung befugt gewesen\*\*\*). Wo

\*) Cfr. Appellerkenntniß des Rigaschen Rathes vom 1. März 1885, Nr. 1772 (bei Zwingmann, B. VII, S. 77 ff., Nr. 12662 in der Note.).

\*\*) Cfr. Appellerkenntniß des Rigaschen Rathes vom 1. März 1885, Nr. 1772 (bei Zwingmann, B. VII, S. 77 ff., Nr. 1262 in der Note.).

\*\*) So z. B. wenn der dritte Erwerber guten Grund zur Annahme hätte, daß seinem Auktor der Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäfts vom Eigenthümer der Sache gestattet resp. daß ihm letzterer einen dahinzielenden Auftrag erteilt hatte. — Hier schadet ihm also ausnahmsweise das Bewußtsein der Fremdgehörigkeit der Sache nicht. — Vgl. für



Letzteres nicht der Fall war, da ist der Irrthum unentschuldbar, der Glaube sowie der in diesem Glauben erworbene resp. ausgeübte Besitz ein unredlicher und folglich die Verufung auf Art. 923 dem dritten Erwerber ein für allemal verschlossen \*). Unentschuldbares Nichtwissen ist gleich dem Wissen. --

Auf dieses Resultat führt auch der vom guten Glauben bei der Ersetzung handelnde Art. 840, der Entschuldbarkeit des Irrthums nur bei Thatfachen, nicht beim Irrthum über einen Rechtsfact berücksichtigt. —

Was aber im Speziellen die gegen den Tradenten begründeten Schadenersatzforderungen des dritten Erwerbers betrifft, so kann er sich wegen derselben, soweit sie durch den Vertragsschluß veranlaßt sind, nur an seinen Kontrahenten, selbstverständlich nicht an den ursprünglichen Eigenthümer der Sache halten. — War der tradierende Pfandgläubiger Afterspandgläubiger, so wird der gute Glaube des Dritterwerbers in diesem Falle in dem entschuldbaren Nichtwissen desselben um das Pfandrecht seines Auktors bestehen müssen, also auch wieder in der Ueberzeugung, daß dem Verpfänder das Eigenthum an der Sache zustand. Wußte er nämlich, daß der Verpfänder seinerseits nur ein Pfandrecht an der Sache hatte, so konnte er eben nicht gleichzeitig davon überzeugt sein, daß Niemand ein besseres Recht auf die Sache habe, als er, worüber an späterer Stelle das Nähere. Erwarb der Dritte den Besitz durch einen Stellvertreter, so muß natürlich der gute Glaube auch auf Seiten des Stellvertreters vorliegen\*\*). Es ergibt sich das aus dem Wesen der Grundsätze des gemeinen und provinziellen Rechts über die Stellvertretung und aus dem allgemeinen Geist der Regel: „Hand muß Hand wahren“. —

Ad 2. Bedeutend einfacher erledigt sich nach dem Vorhergehenden der zweite Punkt. Die Redlichkeit des Glaubens beim dritten Erwerber nur beim Erwerbe, nicht auch bei der Fortsetzung des Besitzes zu verlangen, wäre durchaus verfehlt. — Art. 923 will den dritten Besitzer der Sache nur dann schützen, wenn er ein redlicher Besitzer ist. Es kommt ihm also auf die Redlichkeit des Besitzes oder des Besitzers an, vom Erwerbe des Besitzes allein ist garnicht die Rede. Da der Besitz nun eine fortdauernde Thätigkeit, ein fortdauerndes Verhalten des Besitzenden involviert, so kann es offenbar nicht genügen, wenn man die Gutgläubigkeit bloß für den Zeitpunkt des Besitzerwerbes verlangt, denn einen Besitzer, der nach erworbenem Besitze von der Unrechtmäßig-

---

das Schweizerische Recht Haffner in seiner Ausgabe des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Abtheilung, S. 91, Nr. 4, Art. 205. —

\*) So auch im Resultat das zitierte Vogteigerichtliche Urtheil bei Zwingmann, 1. c.

\*\*) So auch für das Schweizerische Obl. R. Haffner, 1. c., S. 91, Nr. 2. —

keit desselben d. h. davon erfährt, daß ein Anderer ein besseres oder näheres Recht auf den Besitz der Sache hat, oder dem nachträglich auch nur Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Besitzerwerbes aufsteigen, kann man doch unmöglich mehr einen gutgläubigen Besitzer im Rechtsinn nennen. —

Auch der Wortlaut des Art. 680 zit. wäre mit einer Beschränkung des Erfordernisses der Gutgläubigkeit auf den Erwerb des Besitzes allein unvereinbar, denn daselbst wird als gutgläubiger Besitzer (nicht Besitzerwerber) derjenige bezeichnet, welcher glaubt, daß Niemand anders als er selbst ein besseres Recht auf den Besitz der Sache hat, es wird also nicht etwa gesagt: derjenige ist redlicher Besitzer, welcher obige Ueberzeugung zur Zeit des Besitzerwerbes hat. So läßt sich also sowohl dem Art. 680 als auch dem Art. 923 entnehmen, daß die sogenannte mala fides superveniens dem redlichen Besitzer auch im Falle des Art. 923 schadet d. h. seinen bisherigen gutgläubigen Besitz in einen bösgläubigen Besitz umwandelt. Der redliche Glaube muß also nach Prov. N. beim dritten Erwerber der Sache nicht nur zur Zeit des Besitzerwerbes, sondern auch die ganze Besitzzeit hindurch bis zum Moment der Klageinsinuation, eventuell auch noch später vorhanden gewesen sein, falls er gegen die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers den durch Art. 923 gewährten Schutz beanspruchen will\*). —

\*) Zu einem entgegengeetzten Resultate gelangt Erdmann in seiner mehrfach zitierten Abhandlung im Jahrg. IV der Dorpater Zeitschrift, S. 316, allein wohl mit Unrecht. Zwar wendet Erdmann l. c., S. 314 ff. ein, daß die Insinuation der rei vindication den beklagten dritten Besitzer stets aus dem guten Glauben in den bösen setze, die Anwendung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ mithin überhaupt illusorisch sein dürfte, falls man das Vorhandensein des guten Glaubens beim dritten Erwerber nicht bloß für den Erwerb, sondern auch für die Fortsetzung des Besitzes verlange. Allein dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Der Unterschied zwischen dem Eigenthumserwerbe durch Erstzung und dem auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 erfolgenden Eigenthumserwerbe ist — weit entfernt davon auf diese Weise verwischt werden zu können — vielmehr dieser: bei der Erstzung wird die bona fides auf Seiten des Erstzenden für die ganze Erstzungszeit erfordert, bei dem Erwerbe auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ braucht sie nur bis zur Insinuation der Klage vorhanden zu sein, ja, sie kann sogar nach derselben beim dritten Besitzer eventuell noch vorliegen. Wäre es anders, so könnte sich eben Niemand auf den durch Art. 923 gewährleisteten Eigenthumserwerb berufen. (Die Anwendbarkeit des Art. 909, der jeden Besitzer, dem die Klage insinuirt ist, von diesem Moment an in mala fide versteren läßt, dürfte somit in diesen Fällen im Stiche lassen.) — Da aber ein solcher Schutz des Dritten im provinziellen Privatrecht eben vorgesehen, eine solche Verusung also für zulässig erklärt ist, so kann offenbar das Erforderniß des guten Glaubens nur bis zu diesem Zeitpunkt d. h. dem der Klageinsinuation verlangt werden, d. h. es muß verlangt werden auch für den zwischen dem Erwerbe und der Klageinsinuation liegenden Zeitraum, denn im Th. III des Prov. N. ist nicht nur gesagt, daß der dritte Besitzerwerber, sondern auch, daß der dritte Besitzer gutgläubig sein muß. — Daß von Erdmann gebrauchte Gegenargument kehrt also seine Spitze gegen ihn selbst. —

Es wird aber diese Auffassung noch obendrein durch eine positive Gesetzesvorschrift, nämlich den Art. 843 unterstützt. Derselbe enthält nämlich die bekannte, aus dem Kanonischen Recht stammende und das römische Recht abändernde Bestimmung, daß der Erfindende nicht bloß bei der Erwerbung des Besitzes, sondern vielmehr für die ganze Dauer der Erfindungszeit im guten Glauben gewesen sein müsse, der hinzutretende böse Glaube also die Vollendung der Erfindung in jedem Falle hindere. Denn wenn angesichts der Gleichartigkeit der beiden durch Artt. 819 ff. und 923 gegebenen Fälle des Eigenthums Erwerbes wirklich eine analoge Anwendung der von dem guten Glauben bei der Erfindung handelnden Artt. 839—845 auf den guten Glauben des nach Maßgabe des Art. 923 besitzenden dritten Erwerbers möglich erscheint — wogegen sich nennenswerthe Bedenken wohl kaum erheben lassen — so ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch der Art. 843 zit. einer solchen analogen Ausdehnung auf den guten Glauben des nach Art. 923 Besitzenden fähig sein soll?

Ad 3. Die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des beim dritten Besitzer der fremden Sache vorhandenen Glaubens vertheilt sich folgendermaßen: der dritte Erwerber der Sache wird jedenfalls die Gutgläubigkeit seines Besitzes nicht zu beweisen haben\*). Dies schon nach Art. 689. Denn da nach diesem Artikel bis zum Beweise des Gegentheils schon die Präsumtion für die Rechtmäßigkeit und Redlichkeit eines jeden Besitzes (also eine *praesumptio juris*, nicht *juris et de jure*) sprechen soll, andererseits aber Art. 923 gerade dem (dritten) Besitzer der Sache seinen Schutz angedeihen läßt, so muß dieselbe Vermuthung offenbar auch bei dem Besitze des dritten Erwerbers auf Grund des Art. 923 Platz greifen, ganz so, wie auch bei der Erfindung nach Art. 863 die Vermuthung für die Redlichkeit des Glaubens sprechen soll. Denn es liegen absolut keine Anhaltspunkte dafür vor, daß die Modifikation in Art. 689 oder sonst irgendwo den Besitz des dritten Erwerbers nach Art. 923 in dieser Beziehung habe anders behandeln wollen als jeden andern Besitz. Die Beweislast wird also allemal den Gegner d. h. in unserem Fall den klagenden Eigenthümer der Sache treffen, der, wenn er Erfolg mit seiner Klage haben will, den Beweis dafür erbringen muß, daß der beklagte dritte Erwerber beim Besitz Erwerbe resp. nachher in irgend einem Zeitpunkte der Fortsetzung des Besitzes in *mala fide* verfierte. Das ist auch allgemeiner Rechtsgrundsatz: der gute Glaube braucht niemals bewiesen zu werden, er wird stets vorausgesetzt, der Beweis wird nur auf das Gegentheil, den bösen Glauben gerichtet

---

\*) So auch Hafner in seiner Ausgabe des Schweizerischen Obligationenrechts, I. c., S. 91, Nr. 1 und S. 93, Nr. 8 zu § 206. — Vgl. auch Gierke: Deutsches Priv. R. B. II, § 134, S. 565 und Oesterreichisches B. G. B., § 368. —

werden müssen, also stets dem Gegner, der die Gutgläubigkeit der andern Parthei bestreitet, obliegen\*). Das entspricht auch vollkommen dem in Art. 917 ausgedrückten Prinzip, nämlich daß der Kläger sein Eigenthumsrecht darthun d. h. beweisen muß, daß er das Eigenthum auf rechtliche Weise erworben habe, sowie dem Art. 3293, der den Beweis der Bösgläubigkeit dem dieselbe Behauptenden d. h. in unserem Falle natürlich dem klägerischen Eigenthümer auferlegt. —

Ad 4. Allein ganz frei von jeder Beweislast ist der dritte Erwerber der Sache auch nicht. Letzterer wird nämlich regelmäßig die Rolle des Beklagten einnehmen. Als solcher muß er dann naturgemäß auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 einredeweise rekurriren. Nicht der Kläger, sondern der Beklagte hat sich gegenüber der Eigenthumsklage auf den ihm als gutgläubigem dritten Besitzer durch Art. 923 gewährten Schutz zu berufen und zwar muß er das in Form einer Einrede thun. Art. 923 statuiert eine der gegen die vindikationsklage möglichen Einreden\*\*) und zwar eine peremptorische Einrede, da nach jenem Artikel die Eigenthumsklage in diesem Falle ganz wegfallen soll. In Gemäßheit des von der Russischen Reichsziivilprozeßordnung vertretenen Prinzips hat aber sowie der Kläger seine Klage der Beklagte die von ihm erhobene Einrede d. h. den Einredegrund zu beweisen, nach der altbekannten zivilprozessualen Regel: „reus probando fit actor\*\*\*)“. Darnach hätte der dritte Erwerber der Sache seinen gutgläubigen Besitz darzu- thun, also eigentlich seinen guten Glauben und seinen Rechts- resp. Erwerbstitel zu beweisen. Von ersterem, nämlich dem Beweise des guten Glaubens ist er aber nach den Grundsätzen des materiellen Rechts, die hier offenbar den Ausschlag geben, befreit. Diese Beweispflicht liegt ihm nicht ob, wohl aber die andere. Seinen Rechtstitel wird er nämlich allerdings zu beweisen†) haben und zwar wird er beweisen müssen, daß er die Sache auf Grund irgend eines bestimmten Rechtsgeschäfts z. B. eines Kaufkontrakts oder als Faustpfand tradiert erhalten habe

\*) Vgl. auch Zwingmann in B. III seiner Entscheidungen Nr. 311, S. 68, dazu auch Erdmann: System, B. II § 141, S. 193. — Vgl. endlich auch Bezinger „Entscheidungen zur Beweislast“ (2. Aufl. 1904), S. 27 f., woselbst eine Entsch. des obersten bayerischen Gerichtshofs angeführt wird, die mit der im Text entwickelten Ansicht übereinstimmt, und dessen Werk: „Die Beweislast im Zivilprozeß“ (2. Aufl. 1904) S. 175, wo entsprechend dem früher zitierten Urtheil das Wesen der bona fides in dem Nichtkennen einer gewissen Thatsache gesehen wird und insolgedessen dem Gegner der Beweis des Kennens d. h. der mala fides des Andern auferlegt wird. —

\*\*) Das scheint auch die Auffassung Erdmanns System, B. II, S. 193 zu sein.

\*\*\*) Vgl. Art. 81 und 366 des Ver. Gr. судопр.

†) Vgl. Zwingmann in B. III seiner Präjudikatenammlung S. 68 und Erdmann System B. II, S. 194.

und besitze, womit auch Art. 863 zit. übereinstimmt, der vom Erstzenden nur den Beweis seines Rechtstitels, nicht auch seines guten Glaubens verlangt. Und zwar muß nach Analogie des Art. 863 zit. zuerst der Rechtsgrund des Besizes erwiesen werden, erst dann greift die obige Präsumtion der Gutgläubigkeit Platz, während sie vor jenem Beweise unstatthaft sein dürfte. — Diese dem dritten Besitzer des Art. 928 obliegende Pflicht, seinen Rechtstitel d. h. den Rechtsgrund seines Besizes zu beweisen, dürfte eben schon aus dem bereits angeführten Grundsatz der Reichszivilprozeßordnung, daß der Beklagte seine Einrede zu beweisen habe, resultieren. Allein die Anwendbarkeit der Artt. 81 und 366 zit. der C. P. O. auf die Beweislast beim Besitze des Art. 923 beschränkt sich auch nur auf diesen Punkt, ohne, wie gesagt, auf das Erforderniß des guten Glaubens ausgedehnt werden zu können, der nach gelungenem Nachweis des Rechtstitels bis zum Beweise des Gegentheils stets vermuthet wird. — Natürlich ist aber damit nicht gesagt, daß es dem beklagten dritten Besitzer nunmehr etwa verwehrt sein soll, den vom replizierenden Kläger etwa geführten Beweis seiner mala fides durch den eventuellen Gegenbeweis seiner Gutgläubigkeit duplirtweise zu entkräften. — Nur kann er das selbstverständlich nicht in Form einer Eidesdelation an den Beklagten thun, wie das Erdmann System B. II, S. 193 meint. Denn der russischen Reichszivilprozeßordnung ist das Institut der Eideszuschreibung gänzlich unbekannt, vielmehr bedarf es nach letzterer — falls ein strittiger Punkt durch den Eid einer Parthei bewiesen werden soll — stets einer zwischen den streitenden Theilen hierüber zustandekommenen Vereinbarung. (Vgl. Энгельманъ: „Учебникъ Русскаго гражданскаго судопроизводства“ (Юрьевъ, 1899) § 42, S. 228 f.. Anders zum Theil Th. v. Bunge: „Der baltische Zivilprozeß nach der Justizreform vom Jahre 1889“, B. II, (1891) § 89, S. 331 ff., wofelbst — aber gewiß mit Unrecht, die provinziellen Rechtsbestimmungen über den Schiedseid unter Anderem auch für die Fälle als noch heute gültig zu betrachten sein sollen, in welchen sie den Bestimmungen des Reichsprozesses über den Eid (Artt. 115—118 und 485—498 des Zivilprozeßstaws) — der nach letzterem nur Partheieneid ist — nicht widersprechen. Diese Darstellung vergißt, daß mit Einführung der Justizreform vom 9. Juli 1889 eben alle besonderen provincialrechtlichen Zivilprozeßnormen aufgehoben sind.). —

Die Pflicht des dritten Besitzers, die Rechtmäßigkeit seines Erwerbstitels resp. diesen selbst darzuthun, geht aber noch aus zwei andern Artikeln des Th. III des Prov. Rs hervor, nämlich den Artt. 864 und 865, von denen der erstere sich auf das Esthländische Landrecht, der zweite dagegen sich auf das Esthländische Stadtrecht bezieht. Beide stimmen sie darin überein, daß sie bei der Erstzung den Erstzenden von der Pflicht, seinen Rechtstitel zu beweisen, befreien. Nur wird das für das Esthländische Stadt-

recht in Art. 865 dahin formuliert, daß wenn der Erstzende einen solchen Beweis dennoch führt, das Eigenthum für ihn sofort erworben wird, auch wenn die Erstzungsfrist noch garnicht abgelaufen ist, vorausgesetzt nur, daß es sich dabei um eine bewegliche Sache handelt, während das Esthländische Landrecht (Art. 865) weder eine solche Beschränkung auf bewegliche Sachen enthält, noch auch die Folge des Eigenthums erwerbes bei einem vor Ablauf der Erstzungsfrist geführten Beweise des Titels eintreten läßt, andererseits aber wieder die Befreiung von der Beweispflicht auch auf das Erforderniß des guten Glaubens erstreckt. Diese Bestimmungen hängen — insonderheit die des Art. 865 — offenbar mit der Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 zusammen, dessen dem dritten Erwerber gewährter Schutz — wie wir später sehen werden — eben gerade in der für letzteren nunmehr resultierenden Befugniß besteht, für sich, auch unabhängig von der Berufung auf die Erstzung, die Entstehung sofortigen Eigenthums erwerbes anzuführen, falls ihm nur der Nachweis seines Erwerbstitels gelingt, der ihm, was die Beweislast hinsichtlich der Qualität seiner fides anbelangt, dieselbe günstige Stellung freigiebt, wie sie jeder Besitzer hat. — Der Kreis dessen, was der beklagte dritte Besitzer beweisen muß, ist aber damit noch keineswegs erschöpft. Damit sich der beklagte dritte Erwerber gegen die Eigenthumsklage mittelst Berufung auf Art. 923 berufen kann, ist nach letzterem Artikel erforderlich, daß der klagende Eigenthümer die Sache freiwillig aus seinem Gewahrsam entlassen und den Besitz derselben auf den Auktor des Beklagten, von dem sie dieser in der Folge erwarb, übertragen hatte oder um sich des von Art. 923 gebrauchten Ausdruckes zu bedienen; daß er die Sache einem Andern „anvertraut“ hatte. Die Freiwilligkeit des Besitzüberganges ist — wie schon mehrfach hervorgehoben wurde — mit das wichtigste Erforderniß der Anwendbarkeit des Art. 923. Hat der Eigenthümer seine Sache nicht freiwillig aus seinem Besitze gelassen, so bleibt dem dritten Besitzer dieser Schutz gegen die Vindikation versagt und er mag sich jetzt nach einer andern Vertheidigung umsehen. Es ist daher durchaus in der Ordnung, wenn man dem dritten Besitzer darüber die Beweislast auferlegt, was die Hauptvoraussetzung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ bildet d. h. ihn veranlaßt, die Freiwilligkeit des Besitzüberganges der Sache, die Besitzübertragung derselben abseiten ihres ursprünglichen Eigenthümers an den Kontrahenten des Letztern d. h. seinen, des dritten Erwerbers Auktor, zu beweisen\*). Somit wäre —

---

\*) Cfr. Erdmann System, B. II, S. 194, Zwingmann, B. III, S. 68 und B. IV, S. 52 (N. 502). Zu dem an letzterer Stelle angeführten Landvogteigerichtlichen Urtheil vom 18. Februar 1875 sub Nr. 25, wird in überzeugender Weise dargethan, daß dem klagenden ersten Eigenthümer nicht der Beweis des unfreiwil-

was für das Prov. R. unbedenklich anzunehmen ist — der klagende Eigenthümer der Verpflichtung, seinerseits die Unfreiwilligkeit des Besitzüberganges der Sache, also z. B. ihren Verlust durch Diebstahl oder Raub zu beweisen, jedenfalls enthoben. Das, was der Vindikant beweisen muß, ist vielmehr nichts weiter als sein (ursprüngliches) Eigenthumsrecht an der Sache. Noch weniger braucht er, der Kläger, die Freiwilligkeit des Besitzüberganges zu beweisen, was ohnehin keinen Sinn hätte, da er dadurch nur das Fundament der seiner Klage entgegenstehenden, auf Art. 923 gegründeten Einrede zum Besten des Beklagten beweisen würde. —

Wohl aber steht ihm das Recht zu, den vom Beklagten geführten Beweis durch den Gegenbeweis der Unfreiwilligkeit des Besitzüberganges zu entkräften und somit der gegen seine Klage gerichteten Einrede jegliche Basis zu entziehen. Wenn er also eine solche Unfreiwilligkeit des Besitzüberganges behauptet, so muß er sie ebenso beweisen, wie der Beklagte die Freiwilligkeit desselben, falls er mit seinem Replik irgend etwas ausrichten will. A priori braucht er bei seiner Klagerhebung diesen Beweis nicht zu führen, es wäre das ein unnöthiges Antizipieren eines Beweises. Er kann vielmehr ruhig abwarten, ob seinem Gegner der erforderliche Beweis der Freiwilligkeit des Besitzüberganges, von welchem allein die Statthaftigkeit der auf Art. 923 gegründeten Einrede abhängt, auch wirklich gelingt oder nicht. Andererseits kann man auch wieder nicht dem Beklagten zumuthen, das Eigenthumsrecht des Klägers an der von ihm dem Andern anvertrauten Sache zu beweisen, da ein solcher Beweis sich gerade auf das Klagefundament beziehen würde und somit einzig und allein dem Kläger obliegen muß, dessen Klage ohnehin, ganz unabhängig von dem Vorhandensein der Voraussetzungen der auf Art. 923 gegründeten Einrede seines Gegners, abgewiesen werden müßte, falls diese Beweisführung mißlingt. — In diesem letztern Falle hätte der beklagte dritte Erwerber also garnicht einmal nöthig, sich auf die durch Art. 923 gewährte Einrede zu berufen, es genügt, wenn er wegen unbewiesener Klage Abweisung des Klägers beantragt. — Endlich würde es auch hier eine offensbare Widersinnigkeit involvieren, den Beklagten zu veranlassen, seinem Gegner eine a priori ihm obliegende Beweislast einfach abzunehmen und sich selbst aufzuerlegen, umso mehr als ja der Beklagte gerade behauptet, seinerseits ein Eigenthums- oder Pfandrecht und zwar ein besseres Recht als der Kläger an der Sache zu haben. —

---

ligen Verlustes des von ihm beanspruchten Objectes (in casu war es ein auf den Namen geschriebener Spartassenschein) aufgelegt werden kann, letzterer vielmehr nur ein Eigenthumsrecht resp. den Erwerb der Sache durch Tradition oder Erbfolge nachzuweisen braucht. —

Nicht anders stellt sich die Frage nach der Vertheilung der Beweislast in den Fällen der Artt. 924 und 926, nur daß der zur Ansübung des Retentionsrechts auf Grund des letztern Art. berechnete dritte Besitzer außer seinem Rechtstitel auch noch die Eigenschaft seines Auktors als eines Handwerkers, Fuhrmanns oder Schiffers zu beweisen haben wird. Denn nur unter diesen Umständen ist der Beklagte zur Vorenthaltung der von ihm erworbenen Sache bis zur Berichtigung des Fuhr-, Schiffer- oder Macherlohnes seitens des Windikanten berechnigt. Der letztere braucht das nicht zu beweisen. —

Zu den Wegfallsgründen der auf Art. 923 gegründeten Einrede des dritten Besitzers gehört aber auch die Veräußerung oder Verpfändung der Sache durch einen Dienstboten des Klägers, dem sie dieser anvertraut hatte. Diesen Umstand d. h. daß der Auktor des Beklagten Dienstbote des Klägers war, hat natürlich Letzterer, nicht etwa der Beklagte das Gegentheil, a priori zu beweisen. —

Hätte der dritte Besitzer nur ein Pfandrecht an der fremden Sache erworben, so wird die Nachweisung des Rechtstitels eben in dem Beweise bestehen müssen, daß der Kontrahent des Eigenthümers ihm die Sache verpfändet habe, außerdem aber darin, daß der Eigenthümer den Besitz der Sache seinem Auktor freiwillig übertragen habe. —

Das führt uns auf die Beziehungen, in die das Pfandrecht und zwar angesichts der durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 erfolgten Aufhebung der stillschweigenden oder gesetzlichen Pfandrechte resp. der Pfandrechte an Sachengesamtheiten, die nicht mit dem Besitze des Pfandes verbunden waren, nur das Faustpfandrecht zu der in Art. 923 ausgedrückten Regel: „Hand muß Hand wahren“ tritt oder treten kann. Und zwar sind die durch eine eventuelle Anwendung des Art. 923 zzt. auf das ostseeprovinzielle Faustpfandrecht hervorgerufenen Modifikationen recht bedeutsam. Ihr verschiedenes Gepräge erhalten diese Modifikationen jenachdem, welche von den drei überhaupt in Betracht kommenden Personen, nämlich der ursprünglich Berechnigte, sein Kontrahent oder der dritte Erwerber als Faustpfandgläubiger oder Faustpfandschuldner erscheint. Dabei sind folgende vier Möglichkeiten ins Auge zu fassen:

1. Der Kontrahent des ursprünglichen Eigenthümers der Sache hatte diese von letzterem, seinem Schuldner, als Faustpfand erhalten und sie dann einem Andern weiterveräußert.

2. Der Kontrahent des ursprünglichen Eigenthümers, dem die Sache nicht als Pfand, sondern unter einem andern Rechtstitel anvertraut worden, giebt sie dem dritten Erwerber als Faustpfand, zwecks Sicherung seiner Schuldforderung.



3. Der Kontrahent des ursprünglichen Eigenthümers, der Sache, der sie von letzterem als Faustpfand erhalten hatte, verpfändete sie einem Andern weiter, bestellte also an seinem Faustpfande ein Austerfaustpfand.

4. Der Schuldner hatte seinem Gläubiger eine Sache verpfändet, aber nur als Hypothek, nicht als Faustpfand, der Gläubiger ihm also den Besitz der Sache überlassen und nunmehr veräußert der Schuldner seine von ihm verpfändete Sache einem Dritten. Dieser letztere Fall gehört eigentlich nicht hierher, da es sich hier nicht um ein Faustpfand, sondern um eine bloße Hypothek handelt, Hypotheken an beweglichen Gegenständen aber nach heutigem Provinzialrecht keine Gültigkeit mehr haben. Er soll aber dennoch hier auch seine Erledigung finden, weil er erstens von Art. 1436 ausdrücklich in Beziehung zu Art. 923 gebracht wird, zweitens die vor 1889 errichteten oder schon bestehenden Hypotheken auch heute noch in Kraft verbleiben, — Fälle, die freilich in der Praxis selten sein dürften — und drittens in der Anm. zu Art. 1436 bezüglich des in einem Esthländischen Hafen verpfändeten Schiffes ein direkter Anwendungsfall gegeben ist. —

Ad 1. Der Faustpfandgläubiger veräußert die Pfandsache einem Andern.

Vorauszuschicken ist hierbei, daß der veräußernde Pfandgläubiger sich hier offenbar eines doppelten Treubruchs schuldig macht — vorausgesetzt, daß der dritte Erwerber nichts von dem Faustpfandverhältniß wußte — einmal gegenüber dem Verpfänder, der ihm die Sache ja nur als Faustpfand „anvertraut“ hatte und dessen Willen eine solche Veräußerung nicht entsprechen konnte, und zweitens gegenüber dem dritten Erwerber dem er den wahren Sachverhalt d. h. die Fremdgehörigkeit der Sache verschwieg. Einer solchen doppelten Treulosigkeit gegenüber kann sich die Rechtsordnung unmöglich gleichgültig verhalten, sie muß dagegen reagieren und zwar thut sie das, indem sie für den Schuldigen als Strafe gewisse (zivile) Rechtsnachteile eintreten läßt — ein Gesichtspunkt, der freilich nicht die ausschlaggebende ratio der Regel: „Hand muß Hand wahren“ bildet. Der Pfandgläubiger soll deshalb seines Pfandrechts verlustig gehen, ja das Pfandrecht erlischt in diesem Falle überhaupt, wodurch dem Verpfänder wenigstens insofern ein Vortheil erwächst, als das von ihm bestellte Pfandrecht untergeht, die mit dem Faustpfandrecht behaftete Sache nunmehr also zu einer pfandfreien wird. Außerdem aber und vor Allem erlischt das Pfandrecht, weil eben die Sache vom dritten gutgläubigen Erwerber zu Eigenthum und zwar zu pfandfreiem Eigenthum erworben wird oder auch umgekehrt: weil der Dritte das Eigenthum erwirbt, muß das Pfandrecht erlöschen. Dies ist der am Wenigsten komplizierte d. h. der Normalfall unter den genannten vier Möglichkeiten, den wir bereits kennen gelernt haben

und der in Art. 923 seinen bestimmten Ausdruck findet. — Denn dieser Art. führt ausdrücklich unter den Fällen des freiwilligen Anvertrauens der Sache, die den dritten Erwerber derselben zur Verweisung des vindizierenden Eigenthümers ausschließlich an dessen Kontrahenten berechtigen sollen, auch die Verpfändung an. Da nun aber der dritte Erwerber das Eigenthumsrecht an der verpfändeten Sache erwirbt, andererseits aber auch das Pfandrecht untergeht, so ist hier eine Doppelwirkung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ vorhanden. —

Es erübrigt nun noch zu bemerken, daß man es auch in diesem Falle mit einer Ausnahme von einer sonst im Pfandrecht bedingungslos geltenden Regel zu thun hat. Diese Ausnahme besteht darin, daß während sonst nur eine rechtlich d. h. in den Grenzen der Rechtsordnung und gemäß den geltenden Rechtsfäken über die Veräußerung des Pfandes vollzogener Verkauf der Pfandsache die Aufhebung des Pfandrechts herbeiführt\*), in unserem Falle ausnahmsweise auch ein unberechtigter Verkauf eine derartige Wirkung zu äußern im Stande ist. Ist der Verkauf der Sache aber als ein rechtlich im Sinn des Art. 1434 vollzogener anzusehen, so braucht sich der dritte Besitzer garnicht auf Art. 923 zu berufen, sondern einfach nur auf den rechtmäßigen Verkauf der Sache seitens des Faustpfandgläubigers an ihn und der frühere Eigenthümer derselben, der sein Eigenthum ohnehin schon unabhängig von dem Grundsatz: „Hand muß Hand wahren“ verloren hat, kann sich weder an den dritten Erwerber noch an seinen frühern Pfandgläubiger halten. —

Eine analoge Behandlungsweise gestattet übrigens der Fall des Art. 1442, der die vor dem Eintritt des Zahlungstermines seitens des Pfandgläubigers erfolgte Pfandveräußerung schlechtweg für nichtig, also für den Pfandeigenthümer unverbindlich erklärt. Das Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ läßt nämlich auch hier die entsprechenden Modifikationen der sonst allgemein gültigen Regel eintreten, berechtigt also den dritten (gutgläubigen) Erwerber der Pfandsachen, sich der Vindikationsklage des ersten Eigenthümers gegenüber abweichend von der Regel des Art. 1442 zit. auf den vollendeten Eigenthumserwerb an denselben zu berufen und dementsprechend Abweisung des klägerischen Theils zu verlangen. —

Ad 2. Der Kontrahent des ersten Eigenthümers der Sache bestellt an letzterer dem dritten Erwerber ein Pfandrecht d. h. er giebt die ihm anvertraute Sache als Faustpfand hin. Der Faustpfandgläubiger bleibt in diesem Fall mit seinem Pfandrecht ungekränkt d. h. er braucht das Faustpfand auf Grund des Art. 923 auch nicht einmal dem

\*) Vgl. Artt. 1434 und 1492.

vindizierenden Eigenthümer zurückzugeben, insolange er mit seiner Schuldforderung, wegen derer ihm das Faustpfand hingegeben wurde, nicht voll und ganz befriedigt worden ist. —

Zwar ist der Fall der an den Dritten erfolgten Verpfändung der fremden Sache in Art. 923 nicht ausdrücklich angeführt, allein da dortselbst von der Weiterübertragung des Besizes an diesen Dritten die Rede ist und der Pfandgläubiger an der ihm übertragenen Pfandsache bekanntlich juristischen Besitz ausübt, so hindert nichts, diese an den dritten erfolgende Besitzübertragung auch von der Hingabe zum Faustpfande zu verstehen. — Es finden sich aber auch außerdem in der Modifikation noch einige direkte Beweise für die Richtigkeit dieser Auslegung des Art. 923. So vor Allem gleich in dem folgenden Art. 924, wo unter den zwischen dem Kontrahenten des ersten Eigenthümers und dem Dritten zustande gekommenen Besitzübertragenden Rechtsgeschäften ausdrücklich auch die Verpfändung genannt wird, dann aber auch unter den speziell vom Pfandrecht handelnden Artikeln. — In Betracht kommen hier die Artt. 1370, 1418, 1472 und 1474—1477, deren Kombination mit einander mit Sicherheit zu obigem Resultat führen muß. —

Nach Art. 1364 kann eine fremde Sache einem Dritten nur mit Zustimmung ihres Eigenthümers gültig verpfändet werden. Erfolgt eine solche Verpfändung unbedingt ohne eine solche Zustimmung, so ist sie ungültig, erfolgt sie mit und unter der Bedingung, daß der Eigenthümer diese Zustimmung hinterher wirklich ertheilt, so ist sie vorläufig allerdings gültig, äußert aber ihre volle Wirksamkeit doch erst dann, wenn die Bedingung erfüllt d. h. die Zustimmung wirklich erfolgt ist. Wurde die Sache unter der Bedingung verpfändet, daß der Verpfänder nachher Eigenthümer der Pfandsache werden sollte, so tritt die Wirksamkeit der Verpfändung gleichfalls erst mit Eintritt der Bedingung d. h. erst mit dem Moment ein, wo ein solcher Eigenthümerwerb wirklich stattfindet. — War eine solche Bedingung nicht gestellt, so kann die an und für sich ungültige Verpfändung mit dem Moment des Eigenthümerwerbes des Verpfänders an der verpfändeten Sache dennoch konvalidieren (Art. 1365). Zwar beziehen sich die Artt. 1364—1370 zunächst nur auf Hypotheken. Allein Art. 1472 läßt ausdrücklich hinsichtlich der Verpfändung fremder Sachen die in den Artt. 1364 ff. niedergelegten allgemeinen Grundsätze auch für Faustpfänder gelten. Daß nun der Grundsatz „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 von der allgemeinen, für das ostseeprovinzielle Faustpfandrecht geltenden Grundregel der Ungültigkeit einer bedingungslos erfolgten Verpfändung fremder Sachen gerade eine Ausnahme involviert, beweisen die Artt. 1370, 1374 und 1418. Alle drei Artikel bestimmen nämlich unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Art. 923, daß die Verpfändung fremder

beweglicher Sachen von Anfang an wirksam sein solle, wenn sie von ihrem Eigenthümer dem Verpfänder freiwillig weggegeben d. h. geliehen oder sonst wie anvertraut worden waren. Art. 1418 drückt dies Prinzip so aus:

„... Wurde jedoch eine bewegliche Sache unbedingt verpfändet, so bleibt das Recht des Faustpfandgläubigers, der das Pfand in gutem Glauben empfing, ungekränkt.“

Unter den zu diesem Artikel zitierten Quellenbelegen finden wir unter Anderem auch den Art. 923.

Was die Worte „unbedingt verpfändet“ in diesem Zusammenhang bedeuten, wird sofort klar, wenn man Art. 1418 mit dem ihm vorangehenden Art. 1417 und diesen beiden wieder mit dem bereits besprochenen Art. 1364 vergleicht. Unbedingte Verpfändungen fremder Sachen sollen, abgesehen von einer eventuell erfolgten Zustimmung ihres Eigenthümers, schlechterdings ungültig sein. War die Verpfändung eine bedingte und bestand die Bedingung in dem nachherigen Erwerb des Eigenthums an der Pfandsache seitens des Verpfänders, so hängt die Wirksamkeit der Verpfändung vom Eintritt der Bedingung ab. Nur in einem Fall ist auch eine bedingungslose Verpfändung gleich anfangs gültig, nämlich, wenn die Voraussetzungen des Art. 923 vorliegen d. h. wenn der Verpfänder eine ihm vom Eigenthümer anvertraute bewegliche Sache einem Andern verpfändete und dieser Andere das Faustpfand in gutem Glauben empfing.

Das Prov. R. läßt den Untergang des Pfandrechts sogar trotz Fortbestehens der Hauptschuld eintreten:

1. Im Falle des Eintrittes einer auflösenden Bedingung (wir fügen hinzu: auch mit dem Momente, wo die Unmöglichkeit des Eintrittes einer Suspensivbedingung feststeht), (Art. 1417);
2. Im Falle des Endpunktes der dem Pfandrecht beigefügten Befristung (1417);
3. Im Falle, wenn das Recht, das der Verpfänder aus einem an sich widerruflichen Grunde oder in sonst beschränkter Weise an der verpfändeten Sache hatte, aufhört. (Art. 1418 alinea 1).

Da nun diese Grundsätze nach alinea 2 des Art. 1418 im Falle der Regel „Hand muß Hand wahren“ eine Ausnahme erleiden sollen, wofern nur der dritte Besizer das Faustpfand in gutem Glauben empfing, so geht daraus hervor, daß letzterer sich auf die Regel des Art. 923 und entsprechend auf alinea 2 des Art. 1418 nicht berufen kann, wenn die an das Pfandrecht geknüpfte Resolutivbedingung eingetreten ist, der Nichteintritt der Suspensivbedingung feststeht oder endlich die Befristung, unter welcher das Pfandrecht errichtet worden ist, ihren Endpunkt erreicht hat d. h. abgelaufen ist. Denn die Kenntniß des dritten Erwerbers von der

seinem Faustpfandrechte gesetzten Bedingung oder Befristung des vorhin bezeichneten Inhalts muß regelmäßig auch die Kenntniß von der Existenz eines bessern Rechts auf Seiten eines Andern, nämlich des Eigenthümers der Pfandsache nach sich ziehen, wodurch aber bona fides auf seiner, des dritten Erwerbers Seite ausgeschlossen sein dürfte. Deswegen betont alinea 2 des Art. 1418 auch wieder die Nothwendigkeit des guten Glaubens auf seiner Seite. In diesem letztern Falle, sowie dann, wenn der Verpfänder seine Schuld dem Faustpfandgläubiger gegenüber berichtigt hatte, muß dieser der vindicatio des Eigenthümers der Pfandsache weichen, ohne sich auf Art. 923 berufen zu können. —

Endlich ist auch noch die Anmerkung 1 zu Art. 1358 hierherzuziehen, worin unter gleichzeitiger Bezugnahme auf Art. 923 die Verpfändung einer im Miteigenthum Mehrerer befindlichen beweglichen Sache seitens nur eines Miteigenthümers an einen Andern zum Faustpfand, ohne Einwilligung der übrigen Miteigenthümer, dennoch für voll wirksam erklärt wird, sobald nur der empfangende Faustpfandgläubiger sich dabei nicht in bösem Glauben befand.

Ad 3. Der Faustpfandgläubiger verpfändet die ihm vom Eigenthümer zum Faustpfande übergebene Sache einem Dritten, der als Aftterpfandgläubiger in gutem Glauben das Faustpfand vom Aftterverpfänder in Empfang nimmt. — Auch in diesem Fall bleibt das Faustpfandrecht des Aftterpfandgläubigers auf Grund des Art. 923 ungekränkt. Obwohl nämlich Art. 1474 zit. nur den Fall behandelt, wo der Verpfänder die ihm vom Eigenthümer anvertraute Sache einem Andern als Faustpfand hingiebt, so weist doch gerade die Allgemeinheit des Ausdruckes: „anvertrauen“, der in demselben Sinne auch in Art. 923 gebraucht wird, daraufhin, daß darunter auch die vom Eigenthümer der Sache an einen Andern erfolgende Verpfändung zu verstehen ist, worauf ja übrigens schon hingewiesen wurde. —

Auf den ersten Blick scheint es nun zwar, daß ein solches Resultat dem Art. 1489 widerspricht, der das Aftterpfandrecht an der Sache nur so lange bestehen läßt, als das Pfandrecht durch Zahlung der Hauptschuld oder sonst wie noch keine Endschafft erreicht hat, und es mit dem Momente untergehen läßt, wo das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers erloschen ist. Denn wenn es nur nach dem im Art. 1489 ausgedrückten aftterpfandrechtlichen Prinzip geht, so würde in dem Falle des Art. 923 der Eigenthümer mit seiner Eigenthumsklage nach Berichtigung oder sonstiger Tilgung seiner Schuld dem Aftterpfandgläubiger gegenüber durchdringen und ihm die Sache kostenlos abfordern können. Die Regel „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 garantiert aber dem Aftterpfandgläubiger gerade das Fortbestehen seines Pfandrechts und berechtigt ihn zur Verweisung des Bindikanten auf den Aftterverpfänder. Diese Antinomie ist aber in Wahr-

heit doch nur eine scheinbare. War nämlich der Austerpfandgläubiger beim Empfange des Austerfaustpfandes bona fide, so soll eben nach der Intention der Artt. 923 und 1474 ein Untergang des Austerpfandrechts nicht angenommen werden, letzteres vielmehr ungekränkt fortbestehen. Die Regel: „Hand muß Hand wahren“ involviert gerade eine Ausnahme von dem in Art. 1489 ausgedrückten allgemeinen austerpfandrechtlichen Prinzip.

Worin wird aber in diesem Fall die bona fides des Austerpfandgläubigers bestehen müssen? — Offenbar kann es nicht genügen, wenn er sich gegenüber der vindikation des Eigenthümers bloß auf Art. 1489 beruft, der, wie er geglaubt habe, dem Faustpfandgläubiger das Recht der Weiterverpfändung einräume. Zwar wird das genügen, wenn die Pfandschuld des Vindikanten noch nicht erloschen ist. Hier kann der beklagte Austerpfandgläubiger den Kläger einfach auf den ersten Pfandgläubiger verweisen. Allein sobald die Schuldforderung erloschen ist, kann er das nicht mehr, die Verttheidigung mittelst des Art. 1489 würde dann nicht mehr ausreichend sein. Will er sich aber durch Berufung auf den Grundsatz: „Hand muß Hand wahren“ schützen, so kann eine Gutgläubigkeit auf seiner Seite nicht vermuthet werden, wenn sie sich lediglich auf die Ueberzeugung davon stützen wollte, daß der Pfandgläubiger zur Austerverpfändung auf Grund des Art. 1489 berechtigt gewesen sei. Vielmehr ist in diesem Fall zur Gutgläubigkeit noch ein Weiteres erforderlich. Der Austerpfandnehmer muß nämlich von der Existenz des ersten Pfandrechts auf Seiten seines Auktors entschuldbar nichts gewußt haben. Wußte er nämlich darum, wußte er, daß der Verpfänder ihm die Sache als Pfandgläubiger des Eigenthümers verpfändete, so wußte er und mußte er damit auch zugleich wissen, daß ein Anderer ein besseres Recht als er und sein Pfandschuldner an dem Pfandgegenstand, nämlich das Eigenthum daran hatte. Dann aber wäre er nicht in bona, sondern in mala fide, die Berufung auf Art. 923 müßte nothwendig versagen und er müßte sich dann lediglich den austerpfandrechtlichen Grundsätzen des Art. 1489 unterwerfen. In dieser Weise hat man sich mit Zwingmann\*) das Verhältniß des Art. 1489 zu den Artt. 923 und 1474 vorzustellen, das dem Appellationsurtheile des Rigaschen Rathes vom 22. Juni 1873\*\*) viel unnöthige Mühe gemacht zu haben scheint. —

Auch durch den Schlusssatz des zit. Art. 1489 wird unsere Regel keineswegs modifiziert. Zwar spricht derselbe für das Esthländische Recht ein striktes Verbot der Austerverpfändung aus und läßt eine solche nur mit Genehmigung des ersten Verpfänders stattfinden, während

\*) Vgl. dessen Präjudikatensammlung B. III, Nr. 311, S. 65—68.

\*\*) Vgl. die Zwingmannsche Sammlung, I. c., S. 64 f.

das Esthländische Pandrecht eine solche Genehmigung nur für die Zeit bis zum Ablauf der Zahlungsfrist fordert. — Allein der vindizierende erste Verpfänder, ohne dessen Genehmigung die Austerverpfändung entgegen dem in Art. 1489 in fin. ausgedrückten Verbote erfolgte, wird sich dem gutgläubigen dritten Erwerber d. h. dem Austerpfandgläubiger gegenüber auf die Richtigkeit der Austerverpfändung — falls man an die Verletzung des Verbotes seitens des ersten Pfandgläubigers diese Folge knüpfen will — wohl nicht berufen können, aus. Gründen, die von den im Vorhergehenden entwickelten kaum abweichen dürften. Denn könnte er sich auf die Richtigkeit einer solchen Austerverpfändung berufen, so wäre er nicht verpflichtet, die dem Dritten weiter verpfändete Sache von letzterem auszulösen, sondern könnte die unentgeltliche, kostenlose Herausgabe der Sache auf Grund seines Eigenthumsrechts verlangen. Allein Art. 924 giebt ihm dies Recht nicht, sondern verpflichtet ihn vermöge der — hier allerdings nicht in voller Reinheit hervortretenden — Regel: „Hand muß Hand wahren“ zur Auslösung d. h. giebt ihm nur das Recht, die Sache gegen Erlegung des Pfandschillings vom dritten Erwerber zurückzunehmen. Es ist also der Fall der Austerverpfändung in seiner Beziehung zur Regel: „Hand muß Hand wahren“ (Art. 923 ff.) und insbesondere zu Art. 924 ganz ebenso zu behandeln, wie die Verpfändung fremder Sachen seitens des Pfandgläubigers an einen gutgläubigen Dritten überhaupt, auch ohne Rücksicht auf die Austerverpfändung. Und war dem dritten Empfänger die Qualität des empfangenen Pfandes als Austerpfand bekannt so war er ohnehin nicht mehr gutgläubig in dem Sinne, wie Art. 924 es zu seiner Anwendung verlangt und so mußte ihm auch die Richtigkeit der Austerverpfändung auf Grund des Art. 1489 in fin. bekannt sein. Wenn aber jetzt der erste Verpfänder die dem Dritten (ungültig) verpfändete Sache diesem unentgeltlich, also ohne zur Erstattung des Pfandschillings verpflichtet zu sein, mittelst der rei vindicatio abnehmen kann, so thut er das weniger auf Grund des Art. 1489 in fin., als vielmehr in Anwendung der allgemeinen, aus dem Eigenthumsrecht herzuleitenden Befugnisse, zu denen auch die Anstellbarkeit der Eigenthumsklage gegenüber jedem unbefugt Besitzenden gehört und dieser Eigenthumsklage gegenüber kann eben in unserem Fall der dritte Besitzer, weil ihm der gute Glaube mangelt, nicht standhalten. — Willigte endlich der erste Verpfänder in die Austerverpfändung, so kann er umgekehrt schon im Hinblick auf diese Einwilligung, die der Austerverpfändung unbedingte Gültigkeit verleiht, letztere nicht mehr anfechten und soweit auch die Eigenthumsklage gegen den Austerpfandgläubiger nicht mehr anstellen, während letzterer seinerseits einer Berufung auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ (also auf Art. 924) nicht bedürftig ist, ja von einer solchen offenbar ganz absehen muß, weil auch

dieser Fall jetzt nicht mehr in das Anwendungsgebiet der Regel: „Hand muß Hand wahren“ fällt. —

Ad 4. Der Schuldner, dem sein Gläubiger die ihm verpfändete Sache als Hypothek in seinem, des Schuldners, Besitz belassen hatte, veräußerte die Sache einem Dritten, der sich beim Erwerbe in bona fide befand d. h. von der Existenz einer Hypothek an der Sache in entschuldbarer Weise keine Kenntniß hatte, sondern den Veräußerer vielmehr für den Eigenthümer hielt. —

Dies bestimmt Art. 1436, P. b, dessen Quellenzitate unter Anderem auch eine Berufung auf Art. 923 enthalten. — Das Eigenthümliche, von den gewöhnlichen Grundsätzen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ Abweichende dieser Rechtsbestimmung besteht zunächst darin, daß die entsprechende, dem dritten gutgläubigen Erwerber der Sache zur Seite stehende Einrede sich nicht gegen den Eigenthümer des Pfandgegenstandes, der hier vielmehr die Rolle seines, des Erwerbers, Auktors spielt, sondern gegen den nicht besitzenden Pfandgläubiger richtet, während sonst diese Einrede prinzipiell nur gegen die Eigenthumsflage gewährt wird. Eine weitere Abweichung betrifft die eigenthümliche Wirkung eines solchen Erwerbes seitens des Dritten. Das hypothekarische Pfandrecht soll nämlich — wie der einleitende Satz des Art. 1436 ausdrücklich hervorhebt — durch einen solchen, zu Gunsten des Dritten stattfindenden Erwerbes der Pfandsache erlöschen und zwar deshalb erlöschen, weil eben dieser Dritte das Eigenthum an der Sache erwirbt. Da nun somit der Pfandschuldner sein Eigenthum an derselben nothwendiger Weise verlieren muß, so hätte man es hier gleichsam mit einer dreifachen Wirkung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ zu thun, insofern nämlich:

1. Der dritte Besitzer der Sache das Eigenthum an derselben erwirbt d. h. die Sache nunmehr als pfandfreie besitzt;
2. der Pfandschuldner das Eigenthum daran verliert und
3. der Pfandgläubiger seines Pfandrechts verlustig geht. —

Auf die in der Ann. zu Art. 1436 P. b enthaltene, die Verpfändung von Schiffen in einem Estländischen Hafen betreffende Besonderheit werden wir an einer spätern Stelle dieser Abhandlung noch einmal zurückkommen. —

Wir haben im Vorhergehenden gesehen, in wie mannigfacher Weise der Rechtsgrundsatz: „Hand muß Hand wahren“ modifizierend in das Faustpfandrecht — in dem zuletzt betrachteten Falle auch in das hypothekarische Pfandrecht eingreift. — Ueberall tritt uns dabei ein einheitliches Grundprinzip entgegen: der Dritte soll in dem Erwerbe seines Rechts nicht gekränkt werden. Von dem Gesichtspunkte dieses Grundprinzipes aus lassen sich die einzelnen Modalitäten auf einfache und ungezwungene Weise regeln. Die Konstruktion, die einzelnen Erfordernisse und Voraus-



setzungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 erfahren bei ihrer Anwendung auf das Pfandrecht absolut keine Aenderungen, wiewohl letzteres d. h. das Pfandrecht allerdings dadurch modifiziert wird. — Das geht soweit, daß auch die uns schon bekannten Ausnahmefälle von unserer Regel oder sonstigen Modifikationen derselben hier ganz dieselben sind. In letzterer Beziehung ist auf Art. 1473, in ersterer auf Art. 1475 zu verweisen. Von diesen bestimmt der erstere:

„Hat in den Städten Liv- und Esthlands, ein Handwerker, das, was ihm zum Verarbeiten gegeben worden, desgleichen in den Livländischen Städten ein Fuhrmann oder Schiffer das ihm zum Transportieren Uebergebene, an einen Dritten verpfändet, so haften diese Sachen nur für den Betrag des Macher- oder Frachtlohnes, gegen dessen Erlegung der Eigenthümer sie einlösen kann,“

und der zweite

„Ist die verpfändete Sache eine geraubte oder gestohlene, ohne daß der Gläubiger es weiß noch wissen kann, so hat er zwar gegen den Verpfänder und jeden Dritten ein Einbehaltungsrecht daran, bis zur Befriedigung seiner Forderung, zu deren Sicherheit sie ihm übergeben worden; dem erweislichen Eigenthümer aber muß er sie sofort ohne Entgelt herausgeben, und kann sich wegen seiner Forderung sowie des etwaigen Kosten- und Schadensersatzes, nur an seinen Schuldner, oder an diejenigen halten, von dem er die Sache empfangen“.

Der Art. 1473 entspricht also ganz dem Art. 926, mit dem wir uns bereits an einer frühern Stelle auseinandergesetzt haben. Art. 1475 wiederum stellt ein Prinzip auf, das auch — wie gezeigt wurde — für alle anderen Fälle der Regel: „Hand muß Hand wahren“ zu gelten hat, d. h. er läßt bei Verpfändung von geraubten und gestohlenen Sachen die Regel: „Hand muß Hand wahren“ nicht eintreten, sondern verpflichtet selbst den redlichen Pfandgläubiger, die ihm vom Diebe oder Räuber verpfändete Sache dem Eigenthümer auf dessen Anverlangen sofort und zwar ohne jeden Ersatz herauszugeben.

Art. 1476 bildet gewissermaßen eine Parallele zum vorhergehenden Art. 1475, insofern er den Faustpfandgläubiger nicht bloß, wenn er um die Fremdgehörigkeit der ihm verpfändeten Sache nichts wußte noch wissen konnte, zur Herausgabe derselben an den vindizierenden Eigenthümer verpflichtet, sondern ihm diese Verpflichtung auch dann auferlegt, wenn er darum weiß. — Erwägt man aber, daß der Satz des Art. 1476 mittelst des argumenti a majori ad minus resp. a fortiori folgen dürfte, so könnte man fast sagen, daß sich dieser Art. als eine unnütze Wiederholung des Art. 1475 darstellt, wenn man nicht etwa darin einen Unterschied zwischen beiden Fällen

sehen wollte, daß Art. 1475 das *Faustpfandrecht* wenigstens allen anderen Personen gegenüber, außer dem Eigenthümer der geraubten oder gestohlenen Sache wirken lassen, also den Gläubiger zur Ausübung des *Retentionen*srechts berechtigen will, wogegen nach Art. 1476 nicht einmal diese Rechtsfolge eintreten soll. Allein allerdings ist dieses Unterschiedes in Art. 1476 selbst keine Erwähnung gethan. — Von selbst versteht es sich übrigens, daß der dritte Erwerber, der die Sache von einem Schiffer, Fuhrmann oder Handwerker in dem in Art. 1473 genannten Falle als *Faustpfand* annahm, wenn er sich dabei nicht in *bona fide* befand, sich auf den Art. 923 resp. 1474 gegenüber der Eigenthumsklage nicht berufen kann, letzterer also weichen muß. — Denn auch dem ersten Eigenthümer der Sache gegenüber bleibt er nur dann in seinem Pfandrechte ungekränkt, wenn er bei Konstitutierung desselben *bona fide* verfierte. —

Haben sich die bisherigen Erörterungen auf die einzelnen Voraussetzungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ bezogen, so ist nunmehr auf die Wirkung derselben überzugehen. Dieser Punkt ist von *Erdbmann* im Ganzen befriedigend ausgeführt worden. Jedoch erübrigt es, einige Lücken seiner Ausführungen auszufüllen.

Die hier zuerst entstehende Frage, ob zufolge der Artt. 923 und 1474 die Eigenthumsklage des ursprünglichen Eigenthümers bloß zeitweilig sistiert wird oder ob sie vollständig erlischt, wird von *Erdbmann* in seiner mehrfach zitierten Abhandlung in der *Dorpater Juristischen Zeitschrift* Jahrg. IV S. § 13—318 mit Recht zu Gunsten eines vollständigen Erlöschens entschieden. Und in der That sprechen ganz überwiegende Gründe für einen solchen totalen Untergang der Eigenthumsklage, ja des ganzen Eigenthumsrechts des ersten Erwerbers. Schon Art. 923 scheint bei genauer Betrachtung auf eine solche Wirkung hinzuweisen, denn er beginnt gleich damit, daß er sagt:

„Die Eigenthumsklage fällt ganz weg, wenn“ . .

Weßhalb fällt sie ganz weg? Eben deßhalb, weil das Eigenthum selbst untergegangen ist und letztere Wirkung tritt ein, weil, wie wir später sehen werden und zum Theil schon früher gezeigt haben, ein Anderer das Eigenthum an der Sache erworben hat und *duorum dominium in solidum esse non potest*. Zwar könnte man dagegen einwenden, daß es auch andere Verhältnisse gebe, wo zwar das *Klagerecht*, nicht aber auch das ihm zu Grunde liegende Recht selbst seinen Untergang finde, wie z. B. im Falle der *Verjährung dinglicher Klage*rechte z. B. der Eigenthumsklage, die bekanntlich das (dingliche) Recht selbst unangiert läßt, und somit habe vielleicht auch Art. 923 nur einen solchen Fall im Auge, wolle also nur sagen, daß wenn die Voraussetzungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ vorlägen, für den ursprünglichen Eigenthümer der erworbenen Sache

nur das Klagerrecht, nicht aber auch das Recht selbst untergehe. Ließe sich nun gleichwohl dieser Einwand durch den Hinweis auf das ganz anders geartete Verhältniß der Klagenverjährung und ihrer Wirkungen entkräften, die nicht so ohne Weiteres auf die Fälle der Regel: „Hand muß Hand wahren“ ausgedehnt werden können, so würde doch dieses eine Argument für sich allein genommen noch nicht genügende Kraft besitzen, um den Untergang des Eigenthumsrechts und damit eo ipso auch das glänzliche Erlöschen der Eigenthumsklage außer Zweifel zu stellen. Der eigentliche Beweis muß vielmehr von wo anders hergenommen werden.

Einen vortrefflichen Ausgangs- und Anhaltspunkt bietet in dieser Beziehung Art. 868. Derselbe zählt nämlich alle diejenigen Fälle auf, wo das Eigenthum wider den Willen des Eigenthümers aufhört und nennt darunter in P. 2 auch diejenigen Fälle, in welchen das Eigenthum von einem Andern erworben wird. Zwar werden dabei nur die Verbindung und die Erßigung erwähnt, allein da diese Anführung zweier Eigenthumsverwerbsarten dem Wortlaut der Stelle gemäß eine nur beispieleweise ist — worauf der Ausdruck: „namentlich“ hinweisen dürfte — so hindert nichts, auch jeden andern Eigenthumsverwerb, insbesondere auch den durch die Regel „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 für den dritten Erwerber vermittelten hierherzuziehen. Wenn es deßhalb gelingt, nachzuweisen, daß der dritte Erwerber in der That das Eigenthum an der von ihm erworbenen fremden Sache erlangt, so ist damit zugleich auch auf Grund des Art. 868 P. 1 zit. der Beweis des vollständigen Unterganges des Eigenthumsrechts auf Seiten des ersten Eigenthümers gegen alle Angriffe sichergestellt.

Jener auf den Erwerb des Eigenthums durch den Dritten zu richtende Beweis läßt sich aber de facto garnicht so schwer erbringen. Schon der ganze Geist der Regel: „Hand muß Hand wahren“, wie sie in Art. 923 und ihren Supplementen Ausdruck gefunden hat, scheint unbedingt für den Eigenthumsverwerb des Dritten zu sprechen. Denn wie soll man es sich sonst erklären, daß die Klage des ersten Eigenthümers wegfallen und zwar „ganz“ wegfallen soll und letzterer mit seinen eventuellen Ersakanprüchen einzig und allein nur auf den Veräußerer d. h. seinen Kontrahenten verwiesen wird? Soll der Dritte nicht das Eigenthum erwerben, worin sollte dann der ihm gegenüber der vindikation durch Art. 923 gewährte Schutz bestehen? Die Berufung auf den bloßen Vertrag mit dem Auktor würde schwerlich ausreichen, denn der erste Eigenthümer brauchte einen solchen für sich garnicht verbindlich zu erachten, ja er darf ihn einfach als für sich selbst garnicht existierend ansehen. Was geht es ihn an, daß der Beklagte mit einem Andern einen Vertrag über seine, des Klägers, eigene Sache abgeschlossen hat. Nein, der Schutz, den Art. 923 dem dritten Erwerber gewährt, muß ein viel weitreichenderer sein, wenn er seinem Zwecke d. h. ihn in dem Erwerbe seines Rechts dauernd

und durchgreifend zu schützen und sicherzustellen, gerecht werden will, und er ist es auch in der That. Art. 923 stattet den gutgläubigen dritten Erwerber der fremden Sache mit einem selbstständigen, gegenüber jedem Andern, auch dem früheren Eigenthümer durchsetzbaren d. h. einem dinglichen Recht aus, das in diesem Fall das Eigenthumsrecht ist. Bekäme er nicht ein solches dingliches Recht, so könnte eben die vindikation des ersten Eigenthümers garnicht wegfallen, während Art. 923 doch gerade diese Folge eintreten läßt. Da sie nun aber wegfällt, so muß das seinen Grund darin haben, daß mit dem Rechte des dritten Erwerbers etwas vor sich gegangen ist und dieses Etwas ist eben die Entstehung des Eigenthums für ihn. Gerade darin zeigt sich auch der Einfluß des römischen Rechts, das sich nicht mit der bloßen Thatfache der freiwilligen Besitzübertragung an den Auktor des dritten Besitzers abseiten des ersten Eigenthümers begnügte, wie das deutsche Recht, sondern das Schwergewicht auf die Gutgläubigkeit des dritten Erwerbers verlegte, die jetzt gerade als dasjenige Moment erscheint, welches hauptsächlich und in erster Linie die Folge des Eigenthumserwerbes bedingt. —

Unter den Gesekausprüchen, die direkt auf die Annahme eines Eigenthumserwerbes durch den gutgläubigen dritten Besitzer hinweisen, wäre ferner Art. 828 anzuführen. Dieser Art. handelt zwar zunächst nur von der Erskung. Daß er aber gerade auch den Fall der Regel: „Hand muß Hand wahren“ im Auge hat, wird später gezeigt werden. Anders dagegen steht es mit dem nur auf das Esthländische Stadtrecht bezüglichen Art. 865, den Erdmann in der zit. Abhandlung gleichfalls zum Beweise des zu Gunsten des Dritten erfolgenden Eigenthumserwerbes anführt. Zunächst könnte man — wie auch Erdmann S. 313 selbst zugiebt — sagen, daß dieser Art. ja nur eine Singularität des Esthländischen Stadtrechts bilde, einer Ausdehnung auf die übrigen Statutarrechte mithin a priori nicht fähig sei. Für ersteres, das Esthländische Stadtrecht, käme er aber doch in Betracht. Mehr ins Gewicht fällt schon gegen die Heranziehung des Art. 865 zit. ein anderer Einwand. Art. 865 handelt nämlich nur von der Erskung und läßt es mehr als fraglich erscheinen, ob das, was in dieser Hinsicht von der Erskung gesagt ist, auch auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ angewandt werden darf. — Wenn besagter Art. 865 sich so ausdrückt:

„Das Esthländische Stadtrecht fordert bei beweglichen Sachen von dem Erwerbenden keinen Beweis des Rechtsgrundes. Wer einen solchen nachweisen kann, erwirbt sofort das Eigenthum an der Sache, ohne daß es einer Erskung bedarf,“

so liegt darin wohl schwerlich eine Bezugnahme auf die Regel des Art. 923, wie Erdmann l. c. anzunehmen scheint. Das Gesetz enthält vielmehr nur eine singuläre Bestimmung des Esthländischen Stadtrechts darüber, daß der

Erkizende von der Beweislast hinsichtlich seines Rechtstitels befreit sein soll. Der Gegner muß den Mangel oder das vitium des Rechtsgrundes beweisen. Allein dennoch soll es ihn unbenommen bleiben, einen dahingehenden Beweis zu führen. Gelingt ihm derselbe, so ist seine Lage im Vergleich zu früher eine vortheilhaftere geworden. Denn jetzt brauchen die andern Erfordernisse nicht mehr vorhanden zu sein und zwar deshalb nicht, weil im diesem Fall der Erkizung der auf Grund des Erkizungsbesitzes Besitzende sofort mit der Erbringung dieses Beweises das Eigenthum an der strittigen Sache erwirbt. In diesem Fall kann es also vorkommen, daß der Eigenthums-erwerb noch lange vor Ablauf der Erkizungszeit eintritt. —

Soweit Art. 865.

Wenn man nun den in diesem Gesetze zweifellos ausgesprochenen Eigenthums-erwerb auch auf den Erwerb nach Maßgabe des Art. 923, entsprechend der Regel: „Hand muß Hand wahren“, bezieht, wie Erdmann das thut, so muß dabei nothgedrungen von der Voraussetzung ausgegangen werden, daß jene Regel in ihrer Anwendung auf das Esthländische Stadtrecht gleichfalls den Erwerb des Eigenthums seitens des in Art. 924 genannten dritten gutgläubigen Erwerbers ergiebt, mit andern Worten daß Art. 924 nur einen Anwendungsfall des Art. 865 bildet. Gerade diese Voraussetzung erweist sich aber bei näherer Betrachtung als falsch. Denn nach Art. 924 erwirbt der Dritte ja keineswegs das Eigenthum an der Sache, sowenig wie der ursprüngliche Eigenthümer dasselbe verliert, vielmehr muß er dieselbe dem vindizierenden Kläger, wiewohl nur gegen Erstattung ihres Werthes resp. des dafür gezahlten Kaufpreises zurückgeben. Art. 865 kann sich mithin nur auf die Fälle des Eigenthums-erwerbes außer dem in Art. 924 genannten Falle beziehen. —

Mit dieser Deduktion steht es nicht in Widerspruch, wenn wir in anderer Hinsicht die von der Erkizung handelnden Artt., wie z. B. Artt. 864 und 865 als Argument benützt haben, nämlich für die Frage nach der Vertheilung der Beweislast bei der Regel: „Hand muß Hand wahren“, insbesondere bezüglich des Erfordernisses der Gutgläubigkeit des dritten Besitzers. Denn es ist ein Anderes, ob man sagt: Art. 865 hat den Fall des Art. 924 im Auge, er ist nach der Absicht des Gesetzgebers auch auf den Fall der Regel: „Hand muß Hand wahren“ in seiner Anwendung auf das Esthländische Stadtrecht zu beziehen, oder ob man sagt: was die Artt. 864 und 865 über die Beweislast bei der Erkizung — ersterer namentlich auch über die Beweislast hinsichtlich des Erfordernisses des guten Glaubens — bestimmen, läßt sich wegen Gleichheit der Gründe und analogischer innerer Verwandtheit auch auf den Fall der Regel: „Hand muß Hand wahren“ anwenden, wiewohl eine solche Ausdehnung in den Artt. 864 und 865 keineswegs ausgesprochen ist. Letzteres ist möglich, Ersteres nicht und zwar eben aus dem

Grunde nicht, weil Art. 924 gegen nicht, für die Folge des Eigenthums-  
erwerbes an der Sache durch den Dritten spricht. — Wäre nicht Art. 924,  
so ließe sich über die Verwerthbarkeit des Art. 865 nach der bezeichneten Rich-  
tung hin allenfalls noch reden, bei dieser Sachlage aber ganz entschieden  
nicht. —

Noch unverfänglicher wäre das mit Art. 864, der ja nur für das  
Ehfländische Landrecht, nicht auch für das Stadtrecht gilt und dessen  
Nutzbarmachung für die Frage nach der Beweislast hinsichtlich der Qualität  
der fides beim dritten Erwerber in Folge dessen mit unserer obigen Deduktion  
umsoweniger in Widerspruch stehen dürfte.

Im Gegensatz zu Art. 865 ist Art. 828 in der That geeignet, dem  
Beweise des durch den Dritten erfolgten Eigenthumserwerbes eine  
positive Stütze zu geben. Wir führen denselben seiner prinzipiellen Bedeutung  
wegen seinem vollen Wortlaute nach an:

„In Fällen, wo schon aus andern Gründen eine Klage auf Her-  
ausgabe einer beweglichen Sache gegen jeden dritten Besitzer nicht  
zulässig ist, fällt die Erßigung von selbst weg.“

Zu diesen „andern“ Gründen gehört nun auch der Fall des Art. 923  
mit seinen früher besprochenen Modifikationen. Der Einwand, daß auch  
Art. 828 nur von der Erßigung handelt, also nicht ipso jure auf den  
dabon verschiedenen Fall des Eigenthumserwerbes auf Grund der Regel: „Hand  
muß Hand wahren“ angewandt werden darf, erledigt sich einfach durch den  
Hinweis auf die Quellenzitate zu diesem Art., unter denen sich auch die Artt. 923 ff.  
befinden. — Das gesetzgeberische Motiv zu diesem Artikel ist leicht erkennbar.  
Der Erwerb des Eigenthums durch Erßigung ist für den dritten Be-  
sitzer überflüssig und unmöglich geworden. Überflüssig, weil —  
wie ja Art. 828 selbst andeutet — der Dritte das Eigenthum auf Grund  
der Regel: „Hand muß Hand wahren“ bereits erworben hat und es  
somit absurd erscheinen würde, ihn zur Erlangung eines bereits rechtsgültig  
erworbenen Eigenthumsrechts noch zu einer — vielleicht noch längere Zeit  
hindurch andauernden — Fortsetzung des Erßigungsbesitzes zu veranlassen.  
Unmöglich, weil man das, woran man schon einmal rechtsgültig Eigen-  
thum erworben hat, nicht nochmals zum Eigenthum erwerben kann. Da  
mithin der dritte Besitzer in diesem Falle sich weder auf die Erßigung berufen  
kann noch es zu thun braucht, die Berufung auf letztere vielmehr über-  
flüssig geworden ist, so konnte der Art. 828 mit Fug und Recht sagen:  
die Erßigung fällt in diesem Falle überhaupt weg. —

Auf die Wirkung des vollständigen Unterganges des Eigen-  
thums für den bisherigen Eigenthümer führt aber auch Art. 3839 Th. III  
des Prov. Rs., mit dem wir uns schon an einer früheren Stelle dieser Ab-  
handlung bekannt gemacht haben. — Wie wir sahen, erklärt dieser Artikel

den über eine fremde, dem Verkäufer nicht gehörige Sache abgeschlossenen Verkaufskontakt für gültig, also für geeignet, in der Person des Käufers Eigenthumsübergang zu bewirken, falls die Voraussetzungen des Art. 923 vorliegen, trotzdem daß dem Verkäufer die Fremdgehörigkeit der Sache bekannt war. Es braucht sich somit der Käufer mit der ihm in Art. 3838 gewährten Interessensforderung an den Verkäufer nicht zu begnügen, sondern erwirbt durch die erfolgte Tradition wirkliches Eigenthum an der verkauften und tradierten Sache, kann sich also mit Fug und Recht dem ersten Eigenthümer gegenüber mit der *exceptio dominii* vertheidigen.\*) — Wenn also demnach — was sich aus unsern vorigen Erörterungen ergeben haben dürfte — das Eigenthum selbst, nicht bloß die Eigenthumsklage, beim Vorhandensein der Voraussetzungen der Regel „Hand muß Hand wahren“ für den ursprünglichen Eigenthümer untergeht, so ist es nur ein Satz der elementarsten Logik, das Eigenthum an der Sache dem neuen Erwerber zuzusprechen, da dieses ja sonst in der Luft schweben dürfte, somit also Herrenlosigkeit der Sache eintreten würde. —

Es ergibt sich aber aus dem Untergang des Eigenthums der Sache für den ersten Eigenthümer und den Uebergang desselben auf den neuen Erwerber noch eine weitere, praktisch wichtige Konsequenz. Letzterer ist nämlich, da er jetzt auch die Eigenthumsklage in ihrem vollen Umfange hat, nunmehr berechtigt, die zu Eigenthum erworbene Sache, falls sie ihm irgendwie abhanden d. h. ohne seinen Willen aus seinem Gewahrsam gekommen ist, von Jedermann und sei es auch dem früheren Eigenthümer selbst, zu vindizieren.\*\*\*) Es hilft daher letzterem nichts, wenn er zufällig wieder in den Besitz der früher in seinem Eigenthum gewesenen Sache gelangt, sein Eigenthumsrecht lebt dadurch nicht auf, sondern bleibt erloschen. Nur wenn in letzterem Falle auf seiner Seite wiederum die Voraussetzungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ gegeben sind d. h. wenn er, wie überhaupt jeder andere neuer Erwerber, nicht wußte, daß die ihm vom Vertrauensmann jenes dritten Erwerbers tradierte Sache jenem, dem Tradenten nicht gehörte oder wenn er aus entschuldbarem Irrthum die Dispositionsbefugniß desselben voraussetzte, wird er die Klage jenes dritten Erwerbers mit der Einrede des seinerseits zurücker-

\*) Auch Erdmann in der zit. Abhandlung S. 315 beruft sich — wenn auch nur ganz vorübergehend — auf Art. 3839. — Uebrigens läßt auch das Oesterreichische B. G. B. § 367 die im Text angegebene Folge eintreten.

\*\*) Vgl. jetzt besonders Erdmann: „Die Vindikation der Mobilien“ in Jahrg. IV der Dorpater Zeitschrift, S. 317 und dazu dessen Aufsatz: „Zur Regel Hand muß Hand wahren“ in derselben Zeitschrift, B. VI, S. 77. — Für das deutsche Priv. R. ist das sehr bestritten. —

worbenen Eigenthums an der Sache abwehren können. — Allein dieser Eigenthumserwerb für den letzten Erwerber und der ihm entsprechende Eigenthumsverlust für den Vindikanten treten nicht ein, weil der jetzige Erwerber schon früher das Eigenthum an der Sache hatte, das jetzt nur wieder auflebt, sondern eben nur auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ d. h. also weil der Vindikant die Sache freiwillig aus seinem Gewahrsam gelassen und dem Tradenten anvertraut hatte. — Nur einen einzigen Fall giebt es, wo der erste Eigenthümer die Sache, trotzdem er das Eigenthum daran in Folge der Regel: „Hand muß Hand wahren“ endgültig verloren hatte, dennoch zurückerlangen und auch behalten kann. Derselbe ist dann gegeben, wenn die Sache durch Rückveräußerung wieder in den Gewahrsam des treulosen Veräußerers zurückgelangt\*). Denn wiewohl dieser das volle Eigenthum an der ihm veräußerten Sache erwirbt, so kann der erste Eigenthümer doch immer noch die persönliche Kontraktsklage gegen ihn auf Restitution der Sache anstellen und auf diesem Weg wieder in den Besitz der Sache gelangen, trotzdem daß er das Eigenthum an derselben und damit auch die Eigenthumsklage auf Grund des Art. 923 verloren hatte\*\*). Aber mit der Eigenthumsklage wird der erste Eigenthümer auch jetzt nichts ausrichten können. Das eventuelle Wissen des rückerwerbenden Kontrahenten des ersten Eigenthümers um das ursprüngliche Eigenthumsrecht des letztern ist für seinen Eigenthumserwerb angesichts des bereits früher, wenn auch durch seine Handlungsweise bewirkten Eigenthumsverlustes wohl belanglos und wird jedenfalls durch die gleichzeitige Überzeugung, das dem ersten Eigenthümer ein für allemal verlorengegangene Eigenthumsrecht an der Sache *justo titulo* d. h. durch ein erlaubtes Rechtsgeschäft von seinem Auktor erworben zu haben, wiederum paralytisch. —

In analoger Weise ist aber auch der Fall zu behandeln, wenn ein Zufall die Sache dem Kontrahenten des ersten Eigenthümers in die Hände spielte. Auch jetzt steht dem letztern nur die Kontraktsklage, nicht

---

\*) Nach Oertke, Deutsches Priv. R., B. II, S. 561 galt das schon im ältern deutschen Recht und machte den Unterschied zwischen der von letzterem angenommenen bloßen Beschränkung der Fahrnißklage und dem in der neuesten Zeit allgemein anerkannten Eigenthumserwerb durch den Dritten erst zu einem praktisch-bedeutenden. —

\*\*) Vgl. Erdmann: „Vindikation der Mobilien“, S. 317 f. — Daß der erste Eigenthümer auch die persönliche Kontraktsklage nicht mehr hat, wenn diese durch Verjährung erloschen ist, versteht sich wohl von selbst, und braucht doch wahrlich nicht noch besonders hervorgehoben werden, wie das bei Erdmann, l. c., gleichwohl geschieht.



die Eigenthumsvindikation, die er mit dem Eigentum verloren hatte\*), zu Gebote. —

Mit dem Verlust des Eigenthums der Sache für den bisherigen Eigenthümer und dem damit verbundenen Eigenthumsübergang auf den neuen Erwerber erschöpfen sich jedoch die Wirkungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ noch keineswegs. Vielmehr sind noch verschiedene andere Wirkungen hier in Betracht zu ziehen, die sich gleichsam als Reflexwirkungen jener obersten und vornehmlichsten Folge darstellen. Auf einige derselben hat schon unsere Darstellung der Veränderungen, die das Pfandrecht bei Anwendung unserer Regel erfährt, hingewiesen: der Verpfänder, der die ihm als Faustpfand übergebene Sache unberechtigter Weise veräußert und tradiert, überträgt damit zugleich auch das Eigenthumsrecht an dem mit dem Faustpfandrecht behafteten Gegenstande auf den gutgläubigen neuen Erwerber und zwar das faustpfandfreie Eigenthumsrecht; die Regel: „Hand muß Hand wahren“ bewirkt demnach in diesem Falle Erlöschung des Pfandrechts, vermehrt also dementsprechend die Zahl der Erlösungsgründe des Faustpfandrechts. Der neue Erwerber erlangt also ein pfandfreies, nach keiner Richtung hin beschränktes Eigenthumsrecht an der ihm veräußerten Sache (Vgl. Art. 923 ff.). Aber eine Besonderheit ist hierin eben nur in dem Falle der unberechtigten Pfandveräußerung zu erblicken, also z. B. in der Veräußerung vor dem Fälligkeitstermin der Schuld. Denn die vorzeitige Pfandveräußerung zieht a priori gänzliche Nichtigkeit derselben nach sich d. h. mit anderen Worten: der Pfandschuldner bleibt Eigenthümer der Pfandsache und das Faustpfandrecht würde in Folge dessen nicht erlöschen. Allein zufolge der Regel: „Hand muß Hand wahren“ geht dem bisherigen Eigenthümer d. h. dem Pfandschuldner das Eigenthumsrecht eben verloren, das Pfandrecht erlischt und der neue Erwerber erhält das unbeschränkte pfandfreie Eigenthumsrecht. —

War die Veräußerung des Faustpfandes dagegen eine berechtigte, also innerhalb des pfandrechtslich zulässigen Rahmens erfolgte, so bedarf es von seiten des beklagten dritten Besitzers garkeines Refurrierens auf den Art. 923 Th. III des Prov. Rz., da das Pfandrecht jetzt erlischt und der Besitzer schon ohnehin ein gegen jeden Einwurf gesichertes Eigenthumsrecht erlangt (Vgl. Art. 1434).

Was aber vom Pfandrecht gilt, muß auch von allen übrigen dinglichen Rechten gelten, soweit bewegliche Sachen mit solchen behaftet werden können, so z. B. auch vom Nießbrauch (vgl. Art. 1199). Die Veräußerung seitens des dinglich Berechtigten — die ausnahmslos eine

\*) Diese Konsequenz erkennt auch Gierke, Deutsches Priv. R., B. II, § 134, C. 566, Note 71 an. —

unberechtigte sein dürfte — hat, falls sie mit gehöriger Tradition verbunden war, nicht nur den Verlust des Eigenthumsrechts für den ersten Eigenthümer, sondern auch den Untergang des dinglichen Rechts für den Tradenten zur Folge, was seinerseits wieder einen von aller dinglichen Belastung befreiten Eigenthumsenerwerb für den dritten Erwerber bedeutet. —

Eine entgegengesetzte Wirkung der Regel; „Hand muß Hand wahren“ läßt sich bei der seitens des Kontrahenten des ursprünglichen Eigenthümers erfolgenden Konstituierung dinglicher Rechte an der ihm anvertrauten Sache zum Besten eines Dritten beobachten — vorausgesetzt natürlich, daß der Dritte die rechtliche Qualität eines gutgläubigen Besitzers hatte — insofern nämlich das dingliche Recht des Dritten ungefränkt bleibt, auch wenn die Konstituierung des dinglichen Rechts ohne Wissen und Willen des Eigenthümers der Sache erfolgte. — Der Hauptfall ist auch hier wiederum die Bestellung eines Faustpfandes durch den Vertrauensmann des ersten Eigenthümers, dessen wir gleichfalls schon an einer früheren Stelle gedacht haben: der Faustpfandgläubiger erwirbt ein wirkliches, vollwirksames Pfandrecht an der ihm zum Faustpfand übergebenen Sache und der Eigenthümer kann ihm — ohne daß er vorläufig sein Eigenthum verliert (Art. 1437) — auch mit dem stärksten Angriffsmittel d. h. der Eigenthumsklage nichts anhaben\*), abweichend von dem allgemeinen provincialrechtlichen Grundsatz, daß eine Verpfändung einer fremden Sache ohne Wissen und Willen ihres Eigenthümers ungültig ist (Art. 1364).

Eine weitere Modifikation pfandrechtlicher Grundsätze ist hinsichtlich der Afterverpfändung gegeben. Art. 1489 gestattet nämlich — ausgenommen nach esthländischem Rechte (siehe unsere früheren Ausführungen) — dem Faustpfandgläubiger, sein Faustpfand weiter zu verpfänden. Eine solche Afterverpfändung ist also vollständig wirksam, allein doch nur so lange, als das Faustpfandrecht des Afterverpfänders dauert. Erlischt nämlich letzteres aus irgend einem Grunde, so erlischt auch das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers. Ja, nach esthländischem Stadtrecht ist jede Afterverpfändung überhaupt ungültig, nach esthländischem Landrecht wenigstens dann, wenn die Verpfändung vor Ablauf der Zahlungsfrist erfolgte. Nach Artt. 923 und 1474 steht dagegen den Gültigkeit des Afterpfandrechts auch im Erlösungsfalle des ursprünglichen Pfandrechts nichts im Wege, vorausgesetzt nur, daß der Afterpfandgläubiger bona fide handelte d. h. entschuldbarer Weise nicht wußte, daß ihm ein Afterpfandrecht an der Sache bestellt wurde, d. h. also den Verpfänder irrthümlich für den Eigenthümer der Sache hielt. Sobald ihm aber die Qualität des Verpfänders als eines

\*) Vgl. Artt. 1370 und 1474.

Afterverpfänders oder mit andern Worten: die Fremdgehörigkeit der Pfandsache bekannt oder unentschuldigbar nicht bekannt war, so treten nur die Folgen des Art. 1489 ein d. h. das Erlöschen des Pfandrechts zieht auch den Untergang des Afterpfandrechts nach sich. Ohne die Regel: „Hand muß Hand wahren“ ist das Afterpfandrecht in seiner Dauer vom ursprünglichen Pfandrecht abhängig, zufolge jener Regel ist es in dieser Beziehung von letzterem ganz unabhängig, verfolgt seine eigene Existenz und kann daher auch zu einem wirksamen Verkauf der Pfandsache abseiten des Afterpfandgläubigers führen. Kehren wir nun wieder zu dem einfachen Fall der Verpfändung zurück, nämlich der ursprünglichen Verpfändung. Gemäß der Regel: „Hand muß Hand wahren“ ist, wie wir sehen, auch die Verpfändung einer fremden Sache gültig. Der gutgläubige Pfandgläubiger erwirbt also in der That ein dingliches Recht an der Sache, ein *jus in re aliena*, aber auch nichts mehr als das, so daß also dem ursprünglichen Eigenthümer das Eigenthumsrecht an der von seinem Vertrauensmann unbefugt verpfändeten Sache wenigstens vorläufig noch nicht verloren geht. Letztere Wirkung tritt aber selbstverständlich sofort mit dem Moment ein, wo der Faustpfandgläubiger von dem ihm gesetzlich zustehenden Veräußerungsrecht innerhalb der ihm vom Gesetz vorgezeichneten Grenzen Gebrauch gemacht hat. Durch den rechtsgültigen Erwerb der veräußerten Sache seitens des neuen Erwerbers d. h. des Pfandgläubigers, verliert der Eigenthümer, dem bis dahin oder wenigstens bis zum Fälligkeitstermin der Hauptschuld ein Wiedereinlösungsrecht zustand, sein Eigenthumsrecht. —

Die übrigen Fälle der Konstituierung dinglicher Rechte an der Sache seitens des treulosen Kontrahenten des ersten Eigenthümers wie z. B. die Bestellung eines Nießbrauches an derselben bieten keine Besonderheiten, es braucht also auf dieselben nur in Kürze eingegangen zu werden. In dieser Hinsicht ist nun zu bemerken, daß weder der Untergang des Eigenthums für den ursprünglichen Eigenthümer, noch die Anstellung der vindikation seitens des letzteren gegen den Nutznießer das einmal von letzterem erworbene dingliche Recht zu tangieren vermögen, letzteres vielmehr nur aus den allgemeinen in Art. 1265 angegebenen Gründen seine Aufhebung findet, so namentlich durch Ablauf der Fristbestimmung oder Eintritt der auflösenden Bedingung. Selbstverständlich ist es ferner, daß beim außerordentlichen Nießbrauchsrecht für die Anwendung des Art. 923 überhaupt kein Raum ist, weil verzeihbare Sachen ohnehin in das Eigenthum des Nutznießers übergehen und letzterer nur tantundem zurückzuerstatten braucht (Art. 1244). —

Desgleichen kann es aber auch sein, daß der ursprüngliche Eigenthümer den Nießbrauch der Sache jemandem übertragen hat und dieser sie hinterher einem Dritten veräußert, verpfändet oder versetzt, jedenfalls also den Besitz der Sache diesem Dritten ohne Wissen und Willen des Eigen-

thümers überträgt. In diesem Fall erlischt natürlich der Nießbrauch des treulosen Kontrahenten, der erste Eigenthümer verliert seine Eigenthumsflage und der neue Erwerber erwirbt ein nach keiner Richtung hin geschmälertes dingliches Recht (also Eigenthum, Pfandrecht oder ein sonstiges mit Besitzausübung verbundenes Recht). —

Das Anwendungsgebiet der Regel „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 erstreckt sich aber auch auf das Precarium und den Besitz des Sequesters, denn sowohl der Precarist als auch der Sequester haben den Besitz der Sache, wie aus Artt. 3765 und 3816 hervorgeht, letzterer allerdings nur dann, wenn der Besitz laut Uebereinkunft der streitenden Partheien auf ihn übertragen wird. Denn wiewohl es sich namentlich beim Precarium um einen Vertrag, also ein obligationsmäßiges Rechtsverhältniß handelt und ebenso auch die Sequestration nur als eine Unterart des Depositums erscheint, so sind doch beide mit der Uebertragung des juristischen Besitzes verbunden und der Precarist sowohl als auch der Sequester genießen den Besitzschutz — oder meinetwegen auch den Rechtsbesitzschutz — ebenso wie der Faustpfandgläubiger. Wenn daher auch sonst die bloß detentionsweise Ueberlassung der Sache seitens des Kontrahenten des ersten Eigenthümers auf Grund eines forderungswidrigen Verhältnisses z. B. eines *Kommodats* an einen Dritten letzterem kein Recht giebt, dem vindizierenden Sacheigenthümer gegenüber die auf Art. 923 gegründete Einrede der Regel: „Hand muß Hand wahren“ vorzuschützen, so muß dieser Grundsatz doch angesichts der angeführten positiven gesetzlichen Bestimmungen eine Ausnahme erleiden. Wenn also der Kontrahent des ersten Eigenthümers an der ihm anvertrauten Sache einem Dritten auf Grund diesbezüglich abgeschlossenen Vertrages (Gunstrechtsvertrages) den precaristischen Besitz überträgt, so kann sich der *precario accipiens* gegenüber der Vindikation des Eigenthümers mit Erfolg auf die Regel „Hand muß Hand wahren“ berufen und muß in seinem Besitz untangiert bleiben. — War umgekehrt der Kontrahent des Eigenthümers der *precario accipiens*, und veräußert oder verpfändet letzterer die Sache einem Dritten oder bestellt er ihm ein sonstiges dingliches Recht an derselben, so erlischt die dingliche Wirkung des Precariums gegenüber dem gutgläubigen Erwerber und letzterer erwirbt ein unantastbares dingliches Recht an der Sache (Eigenthum, Faustpfandrecht zc.) Dasselbe gilt von dem Sequesterbesitz. —

Anderer Ansicht ist in dieser Beziehung Erdmann in seinem System B. II. S. 194. Nach ihm nämlich soll die Anwendbarkeit unserer Regel bloß dann gegeben sein, wenn der Kontrahent des ersten Eigenthümers auf den neuen Erwerber den Besitz der Sache übertragen habe, sie habe daher zu zeichnen, sobald letzterer die bloße Detention der Sache erlange. Daher begegne man der Regel des Art. 923 cit. außer beim Eigenthum nur noch beim Faustpfandrecht, sonst bei keinem andern dinglichen Rechte.

In gewissem Zusammenhang damit steht die Auffassung, die Erdmann an einer andern Stelle seines Systems (B. II. S. 7 Note 2) von der Stellungnahme des Prov. R. zum Besitz hat. Der Besitz des Prefaristen und Sequester sei ein bloßer Rechtsbesitz und werde auch von Artt. 3768 und 3816 keineswegs dem Sachbesitz des Art. 625 gleichgestellt. Jene Artikel bezweckten auch nur die Hervorhebung dessen, daß der Prefarist und Sequester in ihrer Detention Anspruch auf Schutz gegen Dritte genössen. Auch sei nach dem Sinn der genannten Artikel der Besitz den letztgenannten Personen nur zeitweilig übertragen und diese wären auch nur als Stellvertreter des Eigenthümers in Besitz anzusehen. Die Artt. 3768 und 3816 vom gewöhnlichen Sachbesitz zu verstehen sei um so nöthiger, als das Prov. R. ausweislich der Artt. 687 ff. und 691 ff. dem Rechtsbesitz dieselben Schutzmittel gewähren wie den Sachbesitz. Der Sachbesitz des Eigenthumsrechts sei überhaupt nach ganz andern Grundsätzen als die verschiedenen Arten des Rechtsbesitzes bei den andern Sachenrechten zu behandeln. — Bei dieser Stellungnahme zur Lehre des Provinzialrechts vom Sachbesitz ist es zunächst ganz naturgemäß, wenn Erdmann von der Anwendbarkeit unserer Regel auf den Besitz des Prefaristen und Sequesters, von welcher er auf S. 193 ff. nichts wissen zu wollen scheint und überhaupt nur des Faustpfandbesitzers Erwähnung thut. — Allein eben jene Auffassung des Sachbesitzes, wie sie von Erdmann vertreten wird, ist für das Recht der Kodifikation — wie mir dünken will — wohl nur abzulehnen, aus Gründen, deren ausführliche Erörterung den Rahmen, den sich diese Abhandlung gesteckt hat, bei Weitem überschreiten würde. Nur soviel sei bemerkt, daß die Kodifikation der Behandlung des Sachbesitzes als eines allgemeinen Rechtsinstituts neben dem Eigenthumsbesitz nirgends erwähnt. Erdmann selbst führt keinen einzigen Artikel an, der geeignet wäre, seine Ansicht zu unterstützen und kann es wohl auch bei dem absoluten Mangel solcher Gesetzesstellen nicht. — Gleichfalls befremden muß es, wenn Erdmann den Besitz des Sequesters und Prefaristen und Faustpfandgläubigers Detention nennt. Auch zu dieser gewiß irrthümlichen Nomenclatur giebt das Provinzialrecht keine Veranlassung. Detention ist gleich *naturalis possessio*. Der Depositar, Kommodatar etc. haben die Detention, aber keinen Besitz, auch nicht einmal juristischen Besitz oder — wenn man will — Rechtsbesitz. Besterer ist aber von der bloßen Innehabung, die bei sehr vielen obligatorischen Rechtsverhältnissen stattfindet, doch sehr verschieden, was Erdmann schwerlich leugnen kann. Zugegeben aber auch, daß Artt. 8316 und 3768 dem Prefaristen und Sequester nicht den Sachbesitz, sondern bloßen juristischen Besitz zugestehen — wiewohl, was hervorgehoben zu werden verdient, beide Artikel nur vom Besitz der Sache sprechen — so resultiert hieraus noch nichts gegen die Anwendbarkeit der Regel „Hand muß Hand wahren“ auf den Prefaristen- und Sequesterbesitz, denn juristischer Besitz ist und bleibt

Besitz, nicht Detention. Art. 923 läßt aber dem auf Seiten des Dritten in gutem Glauben erfolgten Erwerbe gegenüber der vindikation des ersten Eigenthümers gerade dann Schutz angedeihen, wenn der Kontrahent des ersten Eigenthümers ihm den Besitz der Sache übertragen hat, ohne daß er unterscheidet, um welchen Besitz es sich handle, einen Sachbesitz oder juristischen Besitz. Wenn es nun aber feststeht, daß der Pfandgläubiger, Prefarist und Sequester juristischen Besitz an der Sache haben, so ist klar daß wir betreffs der Anwendbarkeit des Art. 923 keinen Unterschied machen dürfen, den das Gesetz selbst nicht anzeigt. Dementsprechend ist also Art. 923 auch auf den juristischen Besitz anzuwenden und folglich dem precario accipiens, der die Sache in gutem Glauben vom Kontrahenten auf Grund des Gunstrechtsvertrages mit ihm empfing, zum Schutz seines Besitzes die Einrede der Regel „Hand muß Hand wahren“ gegen die Eigenthumsklage des Sacheigenthümers an die Hand zu geben.

Die von Erdmann gewollte Beschränkung der Regel des Art. 923 auf den Besitz des Faustpfandgläubigers (außer dem Eigenthumsbesitz) leidet aber auch an einer Inkonsequenz, die er garnicht zu bemerken scheint. Denn wenn nach Erdmann der dritte Erwerber in seinem Besitz als Faustpfandgläubiger gegen die vindikation des Eigenthümers geschützt sein soll, dieser (d. h. der Pfandgläubiger) den (juristischen) Besitz an der Sache in nicht höherem Maße als der Prefarist und Sequester hat, somit also alle drei Personen einen qualitativ gleich gearteten Besitz haben, so ist es doch wohl reine Willkühr, wenn man dem Faustpfandgläubiger den Schutz des Art. 923 gewährt, dem Prefaristen und Sequester dagegen nicht\*). Zu einer derartig privilegierten Behandlung der Faustpfandgläubiger giebt die Kodifikation jedenfalls keinerlei Anhaltspunkte. Dazu kommt auch noch, daß, wie Erdmann selbst zugiebt, der Rechtsbesitz nach Art. 687 ff. und 691 ff. ganz dieselben Schutzmittel, wie der Sachbesitz gewährt. Ganz bedeutungslos ist endlich bei der Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 923 auf den Besitz der Prefaristen und Sequester der Einwand, daß die Besitzübertragung hier nur eine zeitweilige ist. Denn solange der Besitz dauert, hindert nichts, den Besitzer in der angegebenen Weise zu schützen. — Darin jedoch muß man Erdmann unbedingt zustimmen, wenn er für alle anderen Obligationsverhältnisse, mit denen keine Besitzübertragung, sondern bloße Detention verbunden ist, also z. B. beim Miethvertrage, Kommodat, Mutuum und Depositum, die Anwendbarkeit der Regel „Hand muß

---

\*) Diese Auffassung Erdmanns hängt wiederum mit dem zusammen, was er auf S. 353, B. III seines Systems vom Besitz des Pfandrechts lehrt. Der Besitz sei fortdauernde, sich wiederholende Ausübung, deren das Pfandrecht, dessen wesentlicher Inhalt in der Verkaufsbefugniß bestche, nicht fähig sei. Allein kann man den juristischen Besitz des Pfandes in der Person des Pfandgläubigers für die — vielleicht lange andauernde — Zeit, bis zu welcher das Verkaufsrecht realisiert wird, leugnen? Unseres Erachtens nach doch wohl schwerlich.

Hand wahren" leugnet." — Der Miether, Pächter, Kommodatar, Depositär u. werden daher gegenüber der Vindikationsklage auf die Regel des Art. 923 nicht rekurrirten können, sondern haben sich ihrer etwaigen Schadenersatzansprüche wegen an ihre Kontrahenten zu halten. — Deshalb ist es — wie bereits früher hervorgehoben wurde — einer der Fundamentalgrundsätze unserer Regel, daß die Ausschließung der Vindikationsklage dem dritten endlichen Erwerber gegenüber nur insoweit stattfindet, als der treulose Kontrahent des ersten Eigenthümers den Besitz des zu vindizierenden Gegenstandes auf ihn überträgt — einerlei welcher Art der Besitz ist, ob gewöhnlicher Sachresp. Eigenbesitz oder juristischer Besitz, wogegen die bloße detentionsweise Uebertragung auf Grund eines obligatorischen Rechtsgeschäfts in dieser Hinsicht nicht genügend erscheint. —

Es ist zu bedauern, daß Erdmann aus diesem, zum Theil von ihm selbst anerkannten Satz weder in seinem System, noch auch in seiner mehrfach zitierten Abhandlung in der Dorpater Zeitschrift im Einzelnen die nothwendigen Konsequenzen gezogen hat. —

Auch auf dem Gebiete des Erbrechts läßt sich eine Anwendbarkeit unserer Regel und zwar in zwei Fällen konstatiren, von denen der eine sich auf die Klage des Miterben, der einen zur ungetheilten Erbschaftsmasse gehörenden und von irgend einem andern Miterben veräußerten Gegenstand vindizieren will, bezieht (Art. 2681), wogegen es sich beim andern Fall um die Legatsklage handelt, soweit Letztere in ihrer Eigenschaft als Vindikationsklage in Betracht kommt d. h. auf die Abforderung des Legats von dem jeweiligen Besitzer gerichtet ist (Art. 2206\*). Denn in beiden Fällen findet sich eine ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 923. --

In Bezug auf den ersten Fall (Vindikation des Miterben) ist zu bemerken, daß es sich hier gewissermaßen um eine Ausdehnung des von Art. 923 aufgestellten Erfordernisses des „Anvertrauens“ handelt. Der Eigenthümer muß nach Art. 923 die Sache freiwillig aus seinen „Wehren“ gelassen, d. h. sie einem Andern, auf dessen Redlichkeit er baute, anvertraut haben. Die ungetheilte Erbschaft wird aber von allen Erben gleichmäßig be-  
 sessen und wenn es auch sein kann, daß einzelne zur selben gehörende Gegenstände sich laut ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft mit den andern Erben in ausschließlichem Besitz eines der Miterben befinden, so würde ein solcher Besitz des Miterben im Hinblick auf die andern Miterben doch nur ein stellvertretender d. h. zugleich im Namen der Letztern ausgeübter Besitz sein. Dieser Miterbe ist nicht etwa, wie beim Normalfall des Art. 923, eine fremde Person und zwar eine solche, die an der Sache kein eigenes Recht hatte, sondern er steht zu seinen Vertrauensmännern von jeher in gewissen Beziehun-

\*) Gr. Erdmann, System, B. II, S. 255 f.

gen d. h. in denen eines Miterben und hatte auch schon vorher ein eigenes Recht an der Sache d. h. sein Miterbrecht. Ein besonderer Rechtsakt des Anvertrauens hatte entweder garnicht stattgefunden oder brauchte nicht — insoweit nämlich das Gesetz selbst an Stelle des Privatwillens das Vertrauensverhältnis begründet — stattzufinden. Dennoch soll nach Art. 2681 die Thatsache des von einem Miterben an der betreffenden zur Erbschaft gehörenden Sache ausgeübten Besitzes einen genügenden Grund dafür abgeben, um dem Dritten, der die Sache in gutem Glauben vom bestehenden Miterben erwarb, die vindizierenden übrigen, gegen ehedem nicht befragten Miterben, die auf Art. 923 basirte Einrede der Regel „Hand muß Hand wahren“ zu verleihen und somit den von ihm erworbenen Besitz gegen alle Eingriffe von anderer Seite sicherzustellen.

Ebenso verhält es sich mit dem zweiten Fall. Auch der Legatar, für den mit dem Moment der Nativität der Vermächtnißforderung zu gleicher Zeit auch die Vindikationsklage gegen den jeweiligen Besitzer der ihm legierten Sache entsteht, war es in der Regel nicht, der dem onerierten Erben die Sache anvertraut hatte, und dennoch soll der Erwerber nach Art. 2206 die (dingliche) Legatsklage abzuweisen befugt sein, wenn die Voraussetzungen der Regel „Hand muß Hand wahren“ in seiner Person zutreffen, d. h. wenn der Erbe den bei ihm befindlich gewesenen Legatsgegenstand einem Dritten zum Besitz überträgt und dieser den Besitz bona fide erwarb.

Andrerseits gilt aber für beide Fälle folgendes: sowohl der Miterbe als auch der Onerierte können die Sache in casu concreto nicht selbst veräußert, sondern sie bloß einem Andern anvertraut haben, und der Vertrauensmann überträgt dann den Besitz einem Dritten. Die andern Miterben und der Legatar haben jetzt unzweifelhaft ein Vindikationsrecht in Bezug auf die Sache gegen den dritten Erwerber, ganz ebenso wie der Miterbe und der onerierte Erbe, die dem Veräußerer, Verpfänder etc. ihr Vertrauen geschenkt und die Sache ihm überlassen hatten, allein auch diese kann der dritte Erwerber, falls er bona fide erwarb, mit der Berufung auf Art. 923 abweisen, da er ein selbstständiges dingliches Recht resp. den Besitz an der Sache erworben hat. Treffen aber die Voraussetzungen des Art. 923 in der Person des dritten Erwerbers nicht zu oder handelt es sich um eine der Modifikationen resp. Abschwächungen unserer Regel (Artt. 924 und 926) oder um die in Art. 925 für das Esthländische Stadtrecht hinsichtlich der Veräußerung von Schiffen gemachten Ausnahme von derselben, so werden die Miterben resp. der Legatar mit ihren resp. Vindikationsklagen durchbringen, falls sie nicht vorher ihre Einwilligung in die Besitzübertragung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben. —

Wie im Erbrecht, so läßt sich auch für das Familienrecht — und zwar speziell für das Eherecht — eine Ausdehnung der Regel „Hand muß



Hand wahren" konstatieren. Nach Art. 52 ist nämlich der Ehemann im Gebiete des liv- und esthländischen Landrechts und des kurländischen Rechts zu allen Verfügungen über die der Frau gehörenden und seiner Verwaltung unterliegenden Mobilien berechtigt und die Frau darf sie Dritten gegenüber nicht anfechten, falls diese aus solchen wenigleich gleich zweckwidrigen Verfügungen ihrerseits schon Rechte erworben haben. Fassen wir nun dabei speziell den Fall ins Auge, daß der Ehemann der Frau gehörige Mobilien veräußert, so ließe sich die Unanfechtbarkeit solcher Veräußerungen dem dritten bonae fidei Erwerber außer durch den zit. Art. 52 auch noch durch Berufung auf die Regel „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 stützen, und die Ausdehnung würde hier darin bestehen, daß in diesem Fall ein eigentliches Unvertrauen der in Rede stehenden veräußerten Mobilien seitens der Ehefrau niemals stattgefunden hat, sondern letztere eben Kraft des Gesetzes auf Grund der ehemännlichen Mundialgewalt von vornherein d. h. seit dem Eingehen der Ehe sich in den Händen des Ehemannes befanden. Die Rolle des Unvertrauens hat hier — freilich im Namen der Ehefrau — das Gesetz selbst übernommen. In sonstiger Hinsicht läßt sich dieser Fall unserer Regel m. F. n., ohne letzterer Gewalt anzuthun, sehr wohl unterstellen: der Eigenthümer einer beweglichen Sache d. h. hier die Ehefrau, reklamiert sie mit der Eigenthumsklage von einem gutgläubigen dritten Erwerber, dem sie der Ehemann, in dessen Händen sie sich befand, veräußert hatte. Der Dritte vertheidigt sich mittelst Berufung auf Artt. 52 und 923. — So hat sich auch die Theorie für die Anwendbarkeit unserer Regel auf diesen Fall ausgesprochen\*).

Wenn dagegen der Mann Sonderguts mobilien der Ehefrau dem gutgläubigen Dritten veräußert, die letztere ihm anvertraut hat, so gehört das zu den Normalfällen der Anwendung unserer Regel, da der Ehemann gar kein Anrecht an dem Sondergut der Frau hat und zu diesem dieselbe Stellung wie jeder Fremde einnimmt. —

Die Hauptwirkung unserer Regel besteht, wie zum Oestern betont worden ist, in dem Ausschluß oder richtiger gesagt gänzlichen Verlust des vindikationsrechts gegenüber dem redlichen dritten Erwerber.

---

\*) Vgl. Erdmann, „Das Güterrecht der Ehegatten nach dem Provinzialrecht Liv-, Esth- und Kurlands“ (Dorpat 1872) § 4, S. 73, Note 417. — Auch nach ältestem rigischen Stadtrecht durfte der Mann zu Veräußerungen des ehemännlichen Gutes schreiten — mit Ausnahme ihrer Immobilien — ohne der Zustimmung der Ehefrau zu bedürfen. Dann konnte die Frau sich nicht an den dritten Erwerber, dem der Ehemann die Sache veräußert hatte, sondern höchstens an letzteren selbst halten. Der dritte Erwerber konnte sich also zu seinem Schutz auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ berufen, vgl. Napierſky: „Die Morgengabe des rigischen Rechts“, (Dorpat, 1842), S. 9, Note 13.

Allein dieser Verlust der Eigenthumsklage für den ersten Eigenthümer ist — wie wir bereits an früherer Stelle bewiesen zu haben hoffen — eine bloße Folge der Erlöschung des Eigenthumsrechts selbst und letztere wiederum muß eintreten, weil und sofern der neue Erwerber das Eigenthum an der Sache erwirbt. Ja, auch wenn letzterem vom Vertrauensmann des Eigenthümers ein dingliches Recht, so z. B. ein Faustpfandreht konstituiert worden ist, kommt die vindikation, obwohl das Eigenthumsrecht nicht erloschen zu sein braucht, dem dritten Erwerber gegenüber nicht zur vollen Geltung, sondern muß dem unabhängig vom Eigenthümer neuerworbenen dinglichen Recht KonzeSSIONen machen, ja letzterem, so lange es rechtlich besteht, überhaupt weichen. — Hieraus ergiebt sich eine Reihe nicht unwichtiger Folgesätze. So ist vor allen Dingen der, welcher auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ das Eigenthum an einer Sache erworben hat, nicht einmal dann verpflichtet, letztere dem eventuellen vindikanten herauszugeben, wenn dieser ihm den vollen Werth der Sache resp. den dafür gezahlten Kaufpreis anbietet, was wiederum nur als natürliche Folge des auf Seiten des neuen Erwerbers stattgefundenen Eigenthumswechsels erscheint. Die juristische und ökonomische Bedeutung eines Eigenthums, das einem je nach Gefallen von einem Andern — und sei es auch dem ehemaligen Eigenthümer derselben — wieder entzogen werden kann — wie in vorliegendem Falle — wäre wohl eine höchst fragwürdige. Nein, der neue Erwerber ist Eigenthümer der Sache geworden und genießt jetzt alle aus dem Eigenthum fließenden Rechte. Der frühere Eigenthümer ist für ihn nichts mehr als eine dritte Person, die kein realisierbares Recht mehr an der Sache hat resp. deren einstige Beziehungen zur selben gegenwärtig erloschen sind. Und weil nun so der frühere Eigenthümer sein Eigenthum verloren hat und demgemäß ihm auch die Grundlage für seine eventuelle vindikation mangelt, so kann der neue Erwerber die gegen ihn gerichtete Klage auch in dem eben genannten Falle des angebotenen Werthersatzes für die Sache abweisen und die Herausgabe derselben sogar aus bloßer Laune verweigern, vorausgesetzt auch, daß er gar kein weiteres Interesse daran hat, die Sache zu behalten. Genug, daß er den Willen hat, sie zu behalten, den Willen, den die Rechtsordnung auch in diesem Fall achten muß. — Es geht das auch schon aus den einschlägigen Gesetzesartikeln selbst hervor, so zunächst aus Art. 923, der die Klage des ersten Eigenthümers gegen den neuen Erwerber wegfallen läßt, ohne eine Ausnahme mit dem Fall zu machen, daß der Kläger dem dritten Erwerber den vollen Werth der Sache verspricht, vornehmlich aber aus Art. 924, der die uns schon bekannte, nur für das Estländische Stadtrecht geltende Modifikation unserer Regel enthält. Denn wenn dieser Art. den dritten Besitzer der Sache zwingt, die von ihm gutgläubig erworbene Sache dem sie zurückfordernden ursprünglichen Eigenthümer gegen Erstattung des

„Kauf- oder Pfandschillings“ zu restituieren, und wie ersichtlich diese Bestimmung als statutarische Abweichung von der allgemeinen Regel des Art. 923 behandelt, so läßt sich hieraus mittelst des *argumenti e contrario* die Schlußfolgerung ableiten, daß diese Verpflichtung ihn nach den übrigen Statutarrechten nicht treffen soll, daß er also — außer nach Esthländischem Stadtrecht — stets berechtigt ist, die Klage des ursprünglichen Eigenthümers abzuweisen, auch wenn ihm letzterer den vollen Werth der Sache zu ersetzen sich erbietet\*). —

Mit dem Faustpfandgläubiger, dem die Sache vom Vertrauensmann des ursprünglichen Eigenthümers verpfändet wurde, liegt es wesentlich anders. Das Pfand soll ihm seinem einzigen Zweck nach zur Sicherung seines Forderungsrechts dienen, es soll ihm die Erfüllung des letzteren garantieren. Von wem diese Erfüllung ausgeht, muß ihm im Grunde gleichgültig sein und ist es ihm auch in der Regel, wenn er nur befriedigt wird. Daher wird nach Prov. N. der Faustpfandgläubiger, dem der erste Eigenthümer Befriedigung seiner Pfandforderung anbietet, nicht berechtigt sein, letzterem die Herausgabe der Sache dennoch zu verweigern. Daß dem Art. 924 in Bezug auf den ersten Fall entnommene *argumentum e contrario* würde hier freilich versagen und natürlich nicht zum Schlusse berechtigen, daß auch der Pfandgläubiger befugt sei, die Herausgabe des Pfandgegenstandes dem Eigenthümer gegenüber abzulehnen, der ihm die Bezahlung der Hauptforderung, für die das Pfand gegeben war, anbietet. — Die Regel „Hand muß Hand wahren“ soll in diesem Fall eben nur dazu dienen, das gutgläubig erworbene dingliche Recht zu schützen, solange es als solches besteht d. h. solange die Pfandforderung nicht getilgt ist. Sobald aber letzteres geschieht — wir sehen hier natürlich von dem Fall des schon erfolgten Pfandverkaufes, der das Eigenthumsrecht am Pfande ohnehin untergehen läßt, ab — so ist das Pfandrecht erloschen und ein weiterer Schutz desselben sinnlos.

Da es nun also einerlei ist, von wem die *Solution* in *casu concreto* ausgeht, das Pfandrecht also in jedem Fall erlischt, mag nun der Verpfänder oder Sacheigenthümer die Forderung bezahlen, so braucht es einen gar nicht irre zu machen, wenn Art. 924 die Verpflichtung des redlichen Pfandgläubigers, die Pfandsache dem die Entrichtung des Forderungsvertrages anbietenden Eigenthümer zu restituieren, gegenüber dem Normalfall unserer Regel (Art. 923) noch besonders hervorhebt. Die Rückerstattungspflicht des Faustpfandgläubigers in Art 924 auch für eine statutarische Abweichung des Esthländischen Stadtrechts zu halten, hieße sich mit anerkannten Fundamentalprinzipien des Pfandrechts in Widerspruch setzen. Man wird also am Besten thun, die Hervorhebung dieser Rückerstattungs-

\*) Derselben Ansicht ist wohl auch Erdmann, System, B. II, S. 194.

pfl icht für die Person des Faustpfandgläubigers als einen jener sich von selbst verstehenden Zusätze aufzufassen, wie sie in der Modifikation unseres baltischen Privatrechts bei ihrer häufig lehrhaften und umständlichen Breite der Ausdrucksweise bisweilen vorkommen. So wie aber einerseits die in Art. 924 hervorgehobene Rückerstattungspflicht des Faustpfandgläubigers in Bezug auf die ihm verpfändete Sache keine bloß dem Esthländischen Stadtrecht eigenthümliche Ausnahme von der allgemeinen Regel des Art. 923 involviert, sondern sich nach pfandrechtlichen Grundsätzen von selbst versteht, also ebensowohl in den übrigen Statutarrechten gilt, so gewinnt andererseits diese Verpflichtung einen ganz andern Charakter, nämlich den einer wahren Ausnahme, sobald der restitutionspflichtige Dritte die betreffende fremde Sache nicht als Faustpfand, sondern auf Grund eines andern Rechtstitels, z. B. durch einen Kaufvertrag erworben hat. Hier handelt es sich um eine wahre, nur dem Esthländischen Stadtrecht eigenthümliche Ausnahme von der Absolutheit des dem Dritten gewährten Besizschuzes, wie sie in Art. 923 für das baltische Privatrecht statuiert ist, insofern der redliche dritte Erwerber verpflichtet ist, die von ihm besessene Sache dem sie abfordernden Eigenthümer zurückzugeben, sobald dieser ihm den für die Sache gezahlten Kaufpreis oder, bei einer Schenkung, den Werth des geschenkten Gegenstandes entrichtet, während in Grundlage des Art. 923 zit. diese Verpflichtung für ihn nicht bestehen, der erste Eigenthümer also kein vindikationsrecht in Bezug auf die veräußerte Sache haben würde. —

Allgemeiner ist die Modifikation unserer Regel in Artt. 926 und 1473, die wir auch schon an einer früheren Stelle besprochen haben, insofern sie sich auf das Liv- und Esthländische Stadtrecht bezieht. Der dritte, wenngleich redliche Erwerber, dem die Sache von einem Handwerker, Fuhrmann oder Schiffer, dem sie der Eigenthümer zum Verarbeiten oder Verführen übergeben hatte, verkauft, verpfändet oder sonst wie veräußert wurde, wird hier in seinem Besitz noch viel weniger geschützt als das mit dem Erwerber auf Grund der Artt. 924 und 1473 der Fall ist, denn er kann gegenüber der Rückforderungsklage des ersten Eigenthümers nicht einmal auf Ersatz des Werthes der Sache, des gezahlten Kaufpreises oder des Pfandbillings bestehen, sondern ist zur einfachen Rückgabe der Sache verpflichtet, mit dem alleinigen Anspruch auf Ersatz des Macher-, Fuhr- oder Frachtlohnes als Aequivalent für die Auslieferung. — Andererseits ist aber der Restitutionspflichtige in den Fällen der Artt. 924 und 926 auch nicht gehalten, die Sache dem sie reklamierenden Eigenthümer schon dann herauszugeben, wenn letzterer sich zur Leistung des ihm obliegenden Aequivalents bloß anheischig macht, ohne sein Anerbieten zu realisieren, sondern braucht erst zu restituieren, nachdem ihm jenes Aequivalent geleistet worden ist. Ja, man wird wohl — wie wir das

schon an einer früheren Stelle unserer Abhandlung angedeutet haben — kaum fehlgehen, wenn man dem dritten redlichen Erwerber zur Versicherung des erwähnten Ersatzenspruchs ein Retentionsrecht in Grundlage der Artt. 3381—3386 verleiht\*), wiewohl von demselben direkt weder in Art. 924 noch in den Artt. 926 und 1473 die Rede ist.

Was nun das gemeinsame Merkmal der beiden Modifikationen unserer Regel im Gegensatz zu letzterer selbst anbetrifft, so ist es allgemein ausgedrückt dieses: im Fall des Art. 923, also der bedingungslosen, uneingeschränkten Geltung der Regel „Hand muß Hand wahren“ geht die Eigenthumsklage dem früheren Eigenthümer mit dem Eigenthumsrecht selbst verloren und zwar hater — was noch besonders hervorzuheben zu werden verdient — nicht einmal eine Forderungsklage mehr, mit der er seinen Rückforderungsanspruch gegen den neuen Erwerber geltendmachen könnte. Dagegen ist die Vindikationsklage in den beiden Fällen der Artt. 924 und 926 nicht erloschen, sondern auch dem redlichen dritten Erwerber gegenüber unter den vorhin angegebenen Voraussetzungen durchsetzbar. — Dieses unzweifelhaft richtige Resultat ist zugleich von nicht untergeordneter Bedeutung für die Entscheidung der sich weiter ergebenden Frage, nämlich ob die Klage, mittelst welcher der erste Eigenthümer der Sache letztere in Grundlage des Art. 924 oder 926 vom dritten Erwerber zurückholt, die Eigenthumsklage oder eine persönliche Forderungs- oder Kontraktionsklage ist?

Es ist nämlich wohl klar, daß es nur die Vindikationsklage sein kann, die der erste Eigenthümer zwecks Realisierung seines Rechts anzustellen

\*) Cfr. Erdmann, System, B. II, S. 195 f. — Daß Erdmann des Retentionsrechts im Fall des Art. 924 nicht Erwähnung thut, ist wohl auf ein bloßes Versehen zurückzuführen. — Ein Retentionsrecht liegt für den dritten Erwerber in Artt. 924 und 926 deshalb unzweifelhaft vor, weil auf beide Fälle der Konnexitätsbegriff, wie er für das Prov. R. in Art. 3383 präzisirt wird, anwendbar ist. Das geht aus §. 5 dieses Artikels hervor, wo es heißt:

„Ein Zusammenhang (Konnexität) des Forderungsrechts ist anzunehmen. . . .

5. Wenn man eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben soll — z. B. die verkaufte Sache gegen Erlegung des Kaufpreises — so kann man sie, bis zur erfolgten Gegenleistung zurückbehalten.“

Auch der Begriff des Retentionsrechts (Art. 3381) paßt auf die beiden genannten Modifikationen unserer Regel ganz genau und ebenso treffen die sonstigen Erfordernisse desselben zu, vgl. Art. 3382, dessen Wortlaut folgender ist:

„Das Retentionsrecht kann nur ausgeübt werden, wenn der Retinierende den Besitz der Sache rechtmäßig erworben, und wenn er ein fälliges, also weder durch eine Bedingung, noch durch eine Zeitbestimmung beschränktes Forderungsrecht an den Gegner hat, welches in einem Verhältnisse zur zurückgehaltenen Sache (Konnexität) seinen Grund hat.“ —

hat. Der Hauptgrund ist der, daß der neue Erwerber *de facto* kein Eigenthum an der Sache erworben und der ursprüngliche Eigenthümer solches nicht verloren hat und ist letzteres der Fall, so wird die Annahme eines gleichzeitig bestehenden Eigenthumsrechts des dritten Erwerbers an der Sache angesichts des Satzes: „*duorum dominium in solidum esse non potest*“ wieder unmöglich. Sollte die Rückforderungsklage der Artt. 924 und 926 cit. nicht die Eigenthumsklage, sondern wirklich nur eine Forderungsklage sein, so würde es doch dem solchenfalls vor auszusetzenden Forderungsrecht an jeglicher Grundlage mangeln — wie schon unsere frühere Ausführungen ergeben haben dürften. Um eine *obligatio ex delicto* oder *quasi ex delicto* kann es sich nicht handeln, da der redliche dritte Erwerber sich gegen den ersten Eigenthümer in keiner Weise, auch nicht *quasi*, vergangen resp. ihn verletzt hat und ein obligatorisches Rechtsgeschäft ist zwischen ihnen noch weniger abgeschlossen worden. Zwischen der dem ersten Eigenthümer zustehenden Rückforderungsklage auf Restitution der Sache und der entsprechenden Restitutionspflicht des dritten Erwerbers wäre eine unüberbrückbare Kluft gegeben, wenn sich diese Klage in der That als persönliche Forderungsklage darstellen sollte. —

Es wäre nun an und für sich naheliegend, diesen letzten Einwand auch gegen die Annahme der fortdauernden Eigenthumsklage auf Seiten des ersten Eigenthümers, somit also zu Gunsten des thatsächlichen Eigenthümerserwerbers beim dritten Besitzer geltendzumachen und demgemäß die Gegenfrage zu stellen: wo kommt denn nun plötzlich die Forderungsklage des dritten Erwerbers gegen den ersten Eigenthümer auf Entrichtung des in den Artt. 924 und 926 festgesetzten *Aequivalents* her, wenn ihm nicht das Eigenthumsrecht an der Sache zu Grunde liegt? Denn auch vom dritten Erwerber seinerseits muß man doch sagen, daß er mit dem ersten Eigenthümer nicht kontrahiert und auch die Voraussetzungen einer *obligatio ex delicto* oder *quasi ex delicto* in seiner Person nicht vorliegen. Worauf also gründet sich seine Forderungsklage, die noch dazu durch ein Retentionsrecht an der Sache gesichert erscheint? Hat der erste Eigenthümer ihm etwa einen Schaden zugefügt? — Darauf ist zu erwidern, daß es sich hier in der That um ein ganz eigenartiges, dem dritten Besitzer vom Gesetz verliehenes Forderungsrecht handelt, nämlich um das Recht, vom ersten Eigenthümer ein bestimmtes *Aequivalent* zu verlangen und die Sache nicht eher herauszugeben, als bis diese Forderung befriedigt worden ist. Jede andere Konstruktion würde zu juristisch unhaltbaren Konsequenzen führen. Denn es wäre doch wohl absurd, den dritten Erwerber auf den Ersatz des Werthes oder Kaufpreises der Sache oder auf die Entrichtung des in Art. 926 genannten *Aequivalents* zu beschränken und ihm doch zugleich das Eigenthumsrecht an der Sache zuzugestehen: wer in aller Welt möchte ihn wohl zwingen, die von ihm erworbene Sache — und sei es auch

gegen ein noch so hohes Entgelt — herauszugeben, wenn er das Eigenthum daran erworben hat? Und was sollte andererseits die bloße Forderungsklage auf Seiten des ersten Eigenthümers, wenn ihm wirklich das Eigenthumsrecht an der widerrechtlich veräußerten oder verpfändeten Sache zustehen soll?

Aber auch das Wesen des Retentionsrechts widerspricht der Annahme eines Eigenthumserwerbes an der Sache auf Seiten des dritten Besitzers in den Fällen der Artt. 924 und 926 zitt. Denn man braucht nur den Art. 3384 zu lesen, der dem Retinierenden in Bezug auf die Aufbewahrung der Sache die Beobachtung der *summa diligentia* auferlegt, ganz so wie beim Faustpfande (Artt. 1478 und 1487), um zu erkennen, daß ein Retentionsrecht nur an einer fremden, nicht auch eigenen Sache ausgeübt werden kann. — Beim Faustpfandrechte und den andern Fällen eines Besitzerwerbes verschlägt dieses Argument allerdings nicht, allein andererseits steht auch der Ausübung des Retentionsrechts an der verpfändeten Sache seitens des in Anspruch genommenen Faustpfandgläubigers umsoweniger etwas entgegen, als Art. 1487 gerade dem Faustpfandgläubiger ein Retentionsrecht an der Pfandsache auch wegen solcher Ansprüche zugesteht, die mit der Pfandforderung selbst nichts zu thun haben. — Entscheidender als die bisher angeführten Argumente fällt aber zu Gunsten der Annahme, daß die Rückforderungsklage des ursprünglichen Eigenthümers nur die Eigenthumsklage (*rei vindicatio*) sein kann, der Umstand ins Gewicht, daß Art. 926 für die Rückforderungsklage gegen den Dritten ausdrücklich den Ausdruck „vindizieren“ gebraucht, somit also nur die Vindikation im Auge hat. Zwar kommen die Ausdrücke „vindizieren“ und „Vindikation“ in Art. 924 nicht vor, allein daß die anstatt dessen gebrauchte Bezeichnung „Rückforderungsklage“ oder „zurückfordern“ nur in dem Sinne von „Vindikation“ und „vindizieren“, also von der Eigenthumsklage verstanden werden können, ist um so zweifelloser, wenn man erwägt, daß der einzige Unterschied zwischen dem Falle des Art. 924 und dem der Artt. 926 und 1473 offenbar nur in der verschieden bemessenen Höhe des dem dritten Erwerber gebührenden Gegenanspruchs besteht, während im Uebrigen beide Fälle durchaus gleichartig behandelt werden. Und wenn Art. 924 von einem „Zurückfordern“ spricht, so kann man das angesichts der im Vorhergehenden entwickelten Gründe wohl nur auf eine Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise unserer Kodifikation zurückführen, die in diesem Fall — wie so manches mal — dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, der das Verbum „Zurückfordern“ von jeder Art von Klagen, dinglichen sowohl wie persönlichen gebraucht, auf Kosten des juristisch-technischen Sprachgebrauches Konzessionen macht. Im gewöhnlichen Leben kann man sich eines solchen allgemeinen Ausdruckes wie „fordern“ wohl bedienen, aber der Gesetzgeber muß genau unterscheiden und angeben, mit welcher Klage und wie zurückgefordert werden soll. Es ist daher wohl nur

eine Verwechslung des gewöhnlichen mit dem juristisch-technischen Sprachgebrauche, mit der sog. „Rechtssprache“, wenn Erdmann\*), verleiht durch den Ausdruck „Zurückfordern“ in Art. 924, die dem ersten Eigenthümer gegen den neuen Erwerber gegebene Klage nur im Sinn einer persönlichen Forderungsklage (Kontraktklage), nicht der Eigenthumsklage verstanden wissen will.

Das einzig Abnorme in dem Art. 924 einerseits und den Artt. 926 und 1473 ist eben nur, daß der erste Eigenthümer, obwohl ihm ja das Eigenthum an der Sache und folglich auch die Eigenthumsklage zustehen, jenes nicht unentgeltlich, sondern nur gegen Leistung des uns bekannten Aequivalents zurückerhält, ein letztes Bollwerk germanischer Rechtsanschauung gegenüber dem nivellierenden Einfluß des römischen Rechts.

Kann nun somit — wie wir sehen — der erste Eigenthümer im Fall der Artt. 924, 926 und 1473 die widerrechtlich veräußerte oder verpfändete Sache vom redlichen dritten Besitzer — und zwar mittelst der vindikationsklage — zurückholen, so ändert sich das sofort, wenn der dritte gutgläubige Besitzer die Sache weiter veräußert und dementsprechend auch das Eigenthum einem Andern weitertradiert worden hat. Gegen diese Andern d. h. die Singularsuccessoren des zweiten Veräußerers wird nämlich der erste Eigenthümer regelmäßig mit seiner Eigenthumsklage nicht durchbringen und ebensowenig gegen die Erben desselben etwas ausrichten können\*\*).

Auch diese Folgewirkung ist zwar weder in Art. 924 noch in den Artt. 926 und 1474 ausgedrückt. Daß sie aber dennoch stattfinden muß, scheint deshalb gewiß zu sein, weil es sich hier um eine gegen den dritten Besitzer höchst persönlich und zwar nur persönlich zu richtende Klage des ersten Eigenthümers handelt, die gegen jeden Andern unzulässig sein muß. Denn Art. 924 hat nur den Fall im Auge, wo der dritte Besitzer selbst durch einen Vertrag die Sache vom Vertrauensmann erwarb, von dem Singular- resp. Universalsuccessoren desselben spricht er gar nicht und ganz dasselbe ist von dem Fall der Art. 926 und 1473 zu sagen. Auch hier ist nur von einem zwischen dem Fuhrmann, Schiffer oder Handwerker und einem Dritten über die Sache abgeschlossenen und von einer Besitzübertragung begleiteten Vertrage (Verkauf, Verpfändung und sonstige Veräußerung) die Rede, so daß die Singular- und Universalsuccessoren des dritten Erwerbers zur Herausgabe der Sache vom ersten Eigenthümer nicht mehr gezwungen werden können. — Davon abgesehen wäre es aber schon aus einem andern Grunde das alleinig richtige, die Vindikation gegen die Singular- resp. Universalsuccessoren des dritten Erwerbers, in deren Besitz sich die Sache

\*) Vgl. dessen System, B. II, S. 195. —

\*\*) Vgl. Erdmann, System, B. II, S. 195. —



eventuell befindet, auszuschließen, und zwar aus einem dem Pfandrecht zu entnehmenden Grunde. Es ist nämlich wohl unbestreitbar, daß der dritte Erwerber der Sache nach den Artt. 924, 926 und 1473 sowie überhaupt nach allgemeinen pfandrechtlichen Grundsätzen das Recht hat, für den Fall der nicht-rechtzeitigen Befriedigung seiner Pfandforderung die ihm — wenn auch unrechtmäßiger Weise — verpfändete und übergebene Sache einem Andern mit voller Rechtswirksamkeit zu verkaufen und sich aus dem Erlöse bezahlt zu machen, vorausgesetzt natürlich, daß er bei Entgegennahme des Faustpfandes in gutem Glauben versierte d. h. entschuldbar von der Fremdgehörigkeit des Pfandgegenstandes nichts wußte. Denn in diesem Fall wird durch den Pfandverkauf — wiewohl der Pfandgläubiger nicht Eigenthümer war und es garnicht werden konnte — auf den neuen Käufer das Eigenthum an der Pfandsache übertragen und von letzterem erworben, da der bona fidei-Erwerb des Pfandgläubigers dem Veräußerungsgeschäft Stetigkeit und sichere Unterlage verleiht. Die Rechtsnehmer und Erben des Faustpfandgläubigers jedoch günstiger zu stellen als die der übrigen in Artt. 924, 926 und 1473 genannten Besitzerwerber, wiewohl er z. B. im Vergleich zum Käufer ein geringeres, schwächeres Recht als letzterer hat, oder mit anderen Worten: an die erwähnten Veräußerungsgeschäfte des Pfandgläubigers stärkere Wirkungen als an die der anderweitigen Besitzerwerber zu knüpfen, wäre eine durch nichts gerechtfertigte Sonderbarkeit, somit also als eine Unterscheidung zu betrachten, die, weil das Gesetz selbst sie nicht macht, auch von Niemandem anders gemacht werden darf. Weder Art. 924 noch Art. 926 unterscheiden aber nach dieser Richtung hin irgendwie zwischen dem Faustpfandbesitz und dem Besitz auf Grund anderer Erwerbstitel, man muß daher annehmen, daß nach dem zu vermuthenden gesetzgeberischen Willen für alle Besitzarten ein und dasselbe zu gelten haben wird. — Das Besondere dieser Wirkung besteht aber einzig und allein darin, daß das zwischen dem dritten Besitzer und dem Vertrauensmann des ersten Eigenthümers abgeschlossene Rechtsgeschäft der rei vindicatio des letzteren gegenüber nicht in dem Maße wirkt, wie das seitens desselben Rechtsgeschäfts bei einer eventuellen Weiterveräußerung der Sache durch den dritten Besitzer an einen Andern der Fall ist, wo der redliche Erwerb des ersten eine genügende Unterlage für die volle Rechtswirksamkeit der Weitertradition der Sache an seinen Kontrahenten abgibt und der Eigenthumsklage des ursprünglichen Eigenthümers siegreich widersteht. — Also die Singularsuccessoren und Erben des veräußernden dritten Besitzers können sich wiederum auf die Regel „Hand muß Hand wahren“ berufen und genießen den Schutz derselben gegenüber der Eigenthumsklage in vollem Umfange, ohne selbst gegen vollen Ersatz zur Herausgabe der Sache an den Vindikanten verpflichtet zu sein. Nur wenn die Weiterveräußerung seitens des dritten Erwerbers arglistig erfolgte d. h. wenn letzterer, wohl wissend um die Fremdgehörigkeit der Sache,

diese noch vor dem wirklichen Prozeßbeginn weiter veräußert und sich nun, um den Vindikanten in die Irre zu führen, dennoch auf seine Klage einläßt (sog. *ficta possessio*), dürfte diese auch gegen den letzten Erwerber vollen Erfolg haben, allein dieser Fall erscheint kaum als besondere Ausnahme, da *mala fides* des Besitzers eine Berufung auf Art. 923 nicht mehr zuläßt. —

kehren wir nun wieder zu dem Normalfall unserer Regel, nämlich dem Art. 923 zurück. Wir sahen, daß der ursprüngliche Eigenthümer seine Sache mit keiner Klage vom redlichen dritten Erwerber zurückholen kann, weder mit der Eigenthumsklage, noch mit einer Forderungsklage, noch auch ihm gegenüber zu einer Schadensersatzforderung berechtigt ist. Dennoch aber steht er nicht ganz schutzlos da. Er ist nämlich berechtigt, sich mit der Kontraktssklage an seinen treulosen Kontrahenten zu halten resp. von letzterem den vollen Ersatz seines Schadens, also die Erstattung des vollen Werthes der Sache sowie das Interesse entweder mit der Kontraktssklage oder auf Grund der *obligatio ex delicto* aus der Unterschlagung nach Maßgabe der Artt. 4562 und 3441—3460 zu verlangen\*) und nur, wenn der Verpfänder das Faustpfand wieder auflöst, kann der Eigenthümer mit der Vindikation gegen ersteren vorgehen (vgl. Erdmann, System, B. II, S. 194). Ja, es verwandelt sich die Kontraktssklage resp. Delikts- oder Quasideliktsklage in diesem Falle geradezu in die Eigenthumsklage.

Auch im Falle des Art. 924 gestaltet sich diese Ersatzpflicht des ersten Eigenthümers nicht wesentlich anders. Zwar hat er ja die Sache vom dritten Erwerber zurückgehalten, aber doch nur gegen Entrichtung des vollen Werthes derselben, des dafür gezahlten Kaufpreises resp. des Pfandschillings, zu der er als Eigenthümer sonst nicht verpflichtet wäre. Within würde seine Schadensersatzforderung gegen den treulosen Kontrahenten auf Erstattung alles dessen zu richten sein, was er dem dritten Erwerber zahlen mußte, sowie ferner auf Ersatz des gesammten Schadens, den er durch die zeitweilige Vorenthaltung der Sache direkt oder indirekt erlitten hatte, also wohl auch der Prozeßkosten in Anlaß des Rechtsstreites mit dem dritten Erwerber. Dagegen wird sich im Falle der Artt. 926 und 1473 die Ersatzforderung des Eigenthümers nur auf den Betrag des dem dritten Erwerber gezahlten Schiffer-, Fuhr- oder Macherlohnes zu erstrecken haben, wozu dann noch, wie bei Art. 924, der Ersatz des gesammten, durch das zeitweilige Entbehren der Sache verursachten Schadens, also auch, wie im vorigen Falle, der durch die Prozeßführung mit dem dritten Erwerber verursachten Kosten kommen dürfte.

Hat aber eine Vorausbezahlung des Lohnes an den Handwerker, Fuhrmann oder Schiffer stattgefunden, so hängt die Frage, ob letztere

\*) Vgl. Erdmann, System, B. II, S. 194. —

Personen dem Eigentümer außerdem auch noch diesen vorausgezählten Betrag zu leisten haben, davon ab, ob die Reparatur, Versendung oder Verfrachtung wirklich ausgeführt sind oder nicht, indem der Handwerker zc. nur in letzterem Falle zur Erstattung des doppelten Lohnbetrages verpflichtet wäre. Art. 926 spricht dem dritten Besitzer jedenfalls den Betrag des Handwerkslohnes zc. zu, ohne zu unterscheiden, ob derselbe dem Handwerker zc. vom ersten Eigenthümer bereits in einem frühern Zeitpunkt gezahlt worden ist oder nicht. —

Hierbei mag der beklagte Kontrahent des ersten Eigenthümers seine eventuellen Gegenforderungen z. B. aus der thatsächlich und ordnungsgemäß ausgeführten Reparatur zc. letzterem gegenüber compensando geltendmachen, falls und soweit sie ihm überhaupt noch zustehen und wofern er wegen derselben nicht etwa schon anderweitig befriedigt worden ist. Nur einen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen auf die Sache wird er nach Analogie des Art. 4565 nicht haben. —

Was aber das Verhältniß zwischen dem dritten Erwerber und seinem Rechtsnehmer d. h. dem Vertrauensmann des ersten Eigenthümers anbetrifft, so gestaltet sich dieses folgendermaßen: wenn die Regel: „Hand muß Hand wahren“ in ihrem vollen Umfang Platz greift d. h. wenn die Erfordernisse des Art. 923 in toto zutreffen, so bleibt der Besitz des redlichen dritten Erwerbers überhaupt unanfechtbar, letzterer hat also auch gar keine Veranlassung, seinen Kontrahenten, von dem er die Sache rechtsgültig erworben hatte, zu belangen und letzterer ist keineswegs befugt, wenn er zur Eriakleistung an den ursprünglichen Eigenthümer gezwungen wurde, sich deswegen an dem dritten Besitzer der Sache schadlos zu halten; es ist im Gegentheil durchaus der Gerechtigkeit entsprechend, wenn der Schaden, die Einbuße, die er jetzt erleidet, für ihn auch in Zukunft Schaden und Einbuße bleiben, insofern als damit nur seine eigene Unredlichkeit — wenn auch zunächst nur zivilrechtlich — geahndet wird. Denn eigene Unredlichkeit kann doch wohl nie zur Regreßnahme Andern gegenüber berechtigen und dazu noch solchen gegenüber, denen bei dem betreffenden Rechtsgeschäft keinerlei Unredlichkeit vorgeworfen werden kann. —

Wo aber unsere Regel nur mit den Modifikationen gilt, wie sie in Artt. 924 und 926 (1473) statuiert werden, kommen andere Grundsätze zur Geltung. Es unterliegt nämlich wohl keinem begründeten Zweifel, daß der gutgläubige dritte Erwerber, der nach Esthländischem Stadtrecht die vom Bindikanten angesprochene Sache in Grundlage des Art. 924 herausgeben muß, obschon er den Werth oder den Kaufpreis der erworbenen Sache resp. den Pfandschilling gegebenenfalls ersetzt bekommen hat, dennoch seinem Kontrahenten gegenüber noch außerdem ersatzberechtigt erscheint. Und zwar wird diese Ersatzforderung im gegebenen Falle darin bestehen, daß er von seinem Rechtsnehmer den Ersatz des gesamten Schadens verlangen kann, der ihm durch Entwindung der Sache seitens des ersten Eigenthümers erwachsen ist, soweit solcher nicht etwa schon als durch das ihm vom ersten Eigenthümer gelei-

stete Aequivalent gedeckt erscheint. Ob man aber als Grundlage dieser Klage eine obligatio ex delicto, quasi ex delicto oder quasi ex contracto nennt, ist zivilistisch von keiner wesentlichen Bedeutung und braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Nur das ist noch hinzuzufügen, daß in dieser Schadenersatzforderung auch hier die vom dritten Besitzer gezahlten Kosten des Rechtsstreites mit dem ersten Eigenthümer miteinbegriffen sind. — Mußte er aber die Sache auf Grund der in den Liv- und Estländischen Städten geltenden Artt. 926 und 1473 dem Vindikanten herausgeben, so wird er seine Ersatzklage gegen den Fuhrmann, Schiffer oder Handwerker auf Erstattung des vollen Werthes der ihm entwundenen Sache oder des dafür gezahlten Kaufpreises oder endlich auf den Betrag der Pfandforderung abzüglich des vom Vindikanten bereits erhaltenen Fuhr-, Schiffer- oder Handwerkslohnes zu richten haben, gleichzeitig aber mit derselben Klage auch den Ersatz des durch die Entwindung der Sache erlittenen sonstigen Schadens in dem vorherangegebenen Umfange fordern dürfen. — Jedoch tritt eine entsprechende Modifikation dieser Grundsätze ein, wenn der dritte Besitzer in Folge eigener Nachlässigkeit sich des ihm in Art. 926 gewährten Retentionsrechts nicht bedient und die Sache sich einfach ohne Ersatz vom Vindikanten entwinden läßt. Im Fall des Art. 926 kann er dann jedenfalls das ihm entgangene Aequivalent des Schiffer-, Fuhr- oder Handwerkslohnes der von ihm gegen seinen Kontrahenten zu richtenden Ersatzforderung nicht hinzufügen, da im Prozeßfall sein Gegner ihm einfach erwidern wird: dieser Betrag d. h. der Handwerkslohn, den du dir von dem ersten Eigenthümer zu holen die beste Gelegenheit hattest, ist dir durch deine eigene Schuld entgangen und für deine Nachlässigkeit habe ich nicht einzustehen. — Allein seine sonstige Ersatzforderung gegen den Handwerker zc. bleibt in ihrem vollen Umfange bestehen und kann gegen letzteren mit vollster Wirksamkeit durchgeführt werden. Denn Thatsache ist und bleibt es, daß der dritte Besitzer durch Entwindung der Sache einen Vermögensschaden erlitten hat, an welchem sein Kontrahent die Schuld trägt und für den letzterer nunmehr auch einzustehen hat. —

Anderß dagegen ist es mit dem Falle der Modifikation unserer Regel in Art. 924. Läßt sich nämlich der redliche dritte Erwerber vom Vindikanten die Sache ohne Geltendmachung seines Retentionsrechts für die ihm zustehende Forderung auf Ersatz des vollen Werthes, Kaufpreises oder Pfandschillings entwinden, so verliert er jetzt die entsprechende Ersatzforderung gegenüber seinem Auktor und nur den ihm außerdem erwachsenen Schaden, also z. B. das *lucrum cessans*, Prozeßkosten zc. kann er noch ersetzt verlangen. Denn der dritte Erwerber, der sich die Sache abnehmen ließ, ohne von dem ihm zuständigen Ersatzrecht resp. Retentionsrecht Gebrauch zu machen, hat den ihm solchergestalt erwachsenen Schaden seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben und kann sich daher deswegen nicht an seinen Auktor halten. Der im Rechtsstreit mit dem Vindikanten besiegte dritte Erwerber ist nicht durch die

Handlung seines Auktors, sondern durch seine eigene Unterlassung geschädigt. Nur in Bezug auf den Schaden, dessen Ersatz dem Vindikanten laut Art. 924 nicht obliegt, hat er sich seiner Unterlassung schuldiggemacht und deßhalb muß er auch die darauf gerichtete Ersatzforderung gegen seinen Auktor behalten. — Dieselben Grundätze kommen aber auch zur Anwendung, wenn der dritte redliche Besitzer, trotzdem daß alle Voraussetzungen des Art. 923, also der Regel: „Hand muß Hand wahren“ in ihrer vollen Reinheit vorliegen, in Folge eigener Unachtsamkeit sich auf die Einrede unserer Regel zu stützen unterließ und die Sache ihm nunmehr vom Vindikanten entwunden wurde. Auch hier muß man sagen, daß der gutgläubige dritte Erwerber der Sache die gegen seinen Auktor zu richtende Klage auf Ersatz des vollen Werthes, Kaufpreises oder Pfandschillings einbüßt, weil er die ihm abgenommene Sache garnicht herauszugeben brauchte, sondern sie ruhig und unangefochten zum vollen Eigenthum behalten konnte, weil er also nicht durch eine Handlung seines Auktors, sondern durch eigene Schuld geschädigt wurde\*). —

Hat jedoch der dritte Besitzer das ihm durch Art. 924 — um wieder auf diesen zurückzukommen — gewährte Entgelt bereits vom Vindikanten erhalten, so kann er von seinem Auktor diesen Betrag d. h. den Kaufpreis oder Werth der Sache oder den Pfandschilling, trotzdem daß das Obligationsverhältniß zwischen ihnen noch weiter fortwirkt, nicht zurückverlangen und zwar aus dem Grunde, weil er sich sonst zum Schaden eines Andern bereichern würde, indem jetzt er den doppelten Werthbetrag resp. den doppelten Pfandschilling bekäme. Allein die Forderung auf Ersatz des ihm durch Entwindung der Sache von seinem Auktor zugefügten Schadens verbleibt ihm. —

Wie übrigens auf jede Einrede, so kann auch auf die Einrede der Regel: „Hand muß Hand wahren“ vom Einredoberechtigten gültig Verzicht geleistet werden, schon dadurch, daß er sie im Prozeßfall gegen den Vindikanten nicht vorbringt, aber auch durch ausdrückliche zu gerichtlichem Protokoll gebrachte Erklärung, von der Einrede nicht Gebrauch machen zu wollen. In diesen Fällen kann und muß es dazu kommen, daß der Vindikant mit der Eigenthumsklage, trotzdem an sich alle Voraussetzungen des Art. 923 vorliegen, durchdringt und seine Sache sich zurückholt. Umgekehrt lassen sich Fälle denken, wo unsere Regel wegfällt oder nur beschränkt zur Anwendung kommt (Art. 924 und 926), der Eigenthümer aber seine Vindikation verjähren läßt. Dann verliert er seine Eigenthumsklage, aber nicht auf Grund der Regel: Hand muß Hand wahren“, sondern durch die Verjährung. Auf diese Weise, nämlich durch Verjährung, büßt er sie aber auch dann ein, wenn die Anwendbar-

---

\*) Vgl. auch Hufschong: „Betrug durch Veräußerung gestohlener Sachen“, in Seufferis „Blätter für Rechtsanwendung“, Jahrg. 63, N. 1, S. 8. —

keit der Regel gegeben ist. Der neue Erwerber braucht sich dann garnicht auf Art. 923 zu berufen, sondern recurriert einfach auf die Verjährung der Eigenthumsklage. (Siehe die folgenden Ausführungen). —

Stand die streitige Sache im Miteigenthum Mehrerer, so muß auch die vindikation von allen Miteigenthümern oder im Namen aller Miteigenthümer angestellt werden, denn sonst kann sie, auch wenn die Voraussetzungen unserer Regel nicht vorliegen, vom dritten Erwerber durch den Hinweis auf die mangelnde legitimatio ad causam zurückgewiesen werden. Dies dürfte schon aus den Bestimmungen unseres Provinzialgesetzbuches über Miteigenthum hervorgehen, die jegliche Verfügung über die gemeinsame Sache nur dann gültig sein lassen, wenn sie von allen Miteigenthümern, nicht von einem allein ausgeht (Artt. 929 und 930). Denn ein Miteigenthümer ist eben nicht alleiniger Eigenthümer der Sache und Art. 897 gesteht die Eigenthumsklage nur dem wirklichen d. h. doch wohl dem alleinigen Eigenthümer der Sache zu. Von dem angegebenen Gesichtspunkte steht aber auch den andern Miteigenthümern, wenn einer von ihnen ohne Einwilligung der andern oder gar gegen ihren Willen die Sache Jemandem anvertraute und dieser sie einem Dritten veräußerte, wenn sie gegen den neuen Erwerber mit der Eigenthumsklage auftreten, die Einrede der Regel: „Hand muß Hand wahren“ nicht entgegen, denn die Sache war ja doch jedenfalls ohne ihren Willen einem Andern weggegeben worden und ohne resp. gegen ihren Willen aus ihrem Gewahrsam gekommen. Das Moment der freiwilligen Hingabe, des Anvertrauens der Sache zeffiert also in diesem Falle und deßhalb können diese andern Miteigenthümer die Sache vom dritten Erwerber zurückholen. —

Noch einer Modifikation unserer Regel hätten wir an dieser Stelle zu gedenken, nämlich des in der Anm. zu Art. 1436 B. 6 erwähnten Ausnahmefalles der Verpfändung von Schiffen in einem Esthländischen Hafen.

Den Wortlaut dieser Anmerkung haben wir schon an einer früheren Stelle unserer Abhandlung in extenso wiedergegeben und daselbst auch gezeigt, worin die Besonderheit dieses Verpfändungsfalles besteht (vgl. S. 180 u. 182 dieser Abhandlung.). Es wird daher im Ganzen genügen, wenn wir auf diese Stellen verweisen. Nur Folgendes bedarf noch einer nähern Ausführung: erstens nämlich fragt es sich, wie man sich das Verhältniß der Anm. zu Art. 1436 B. 6 zu Art. 923 und Art. 924 zu denken hat, welcher letztere dem dritten Erwerber das Recht giebt, die angesprochene Sache nicht eher herauszugeben, als bis ihm der vindikant den Werth oder den Kaufpreis der Sache resp. den Pfandschilling erlegt hat, während die Anm. zu Art. 1436 B. 6 ein solches Retentionsrecht nicht anzuerkennen scheint; und zweitens: welches die pfandrechtlichen und sonstigen Wirkungen einer solchen Verpfändung sind resp. wie sich das Pfandungs-

verhältniß zwischen den dabei in Frage kommenden Personen, dem Verpfänder, Pfandgläubiger und dem dritten redlichen Erwerber gestaltet?

Ad 1. Wenn Jemand sein Schiff in einem Esthländischen Hafen einem Andern verpfändet, der Gläubiger aber ihm den Besitz des Schiffes wieder überlassen hat und jetzt der Verpfänder letzteres, nachdem er es an einen andern Ort, jedenfalls nicht einen Esthländischen Hafen gebracht hat, veräußert, so erlischt das Pfandrecht, aber nur für die Dauer der Abwesenheit des Schiffes von dem Hafen, wo die Verpfändung erfolgte. Sobald es aber wieder in diesen Hafen zurückkehrt, lebt das Pfandrecht wieder auf und äußert seine volle Wirksamkeit. — Welches sind nun die einzelnen Voraussetzungen dieser Bestimmung? Zunächst muß die Verpfändung in einem Esthländischen Hafen erfolgt sein und das Schiff sich daselbst befinden, nicht anderswo. Es genügt daher nicht, wenn sich das Schiff in einem Livländischen Hafen befindet, die Verpfändung aber in einem Esthländischen Hafen erfolgte, während umgekehrt die Wirksamkeit der Regel auch dann nicht eintritt, falls das Schiff sich in einem Esthländischen Hafen befindet, die Verpfändung aber in einem Livländischen Hafen erfolgte. Darauf weisen die Worte: „wenn Jemand sein Schiff verpfändet und gleichwohl mit demselben an einen andern Ort segelt“. Ferner: das Pfandrecht erlischt nicht, wenn zwar der Verkauf des Schiffes außerhalb des Esthländischen Hafens, wo die Verpfändung stattfand, vorsichtig, das Schiff selbst aber in jenem Hafen liegen blieb, während umgekehrt der Verkauf doch rechtsgültig bleibt, falls auch das verpfändete und aus dem Hafen seiner Verpfändung weggebrachte Schiff in diesem Hafen verkauft wurde, und das Pfandrecht nur dann auslebt, wenn das Schiff in jenen Hafen wieder zurückkehrt. Weiterhin muß es sich nur um einen Verkauf handeln. Jede andere Veräußerung, so z. B. eine Schenkung bewirkt in keinem einzigen Augenblick Erlösung des Pfandrechts. War das Schiff Jemandem nur vermietet und von diesem weiterveräußert, so erleiden weder die Num. zu Art. 1436 B. 6 noch auch die Regel des Art. 923 Anwendung (vgl. Art. 925), noch weniger daher, wenn der Verpfänder das Schiff dritten Personen vermietet oder der Pfandgläubiger letzteres an den Verpfänder vermietet. — Auch in diesen Fällen bleibt das Pfandrecht unberührt. — Demnach wären die Voraussetzungen, unter denen das Pfandrecht erlischt, folgende:

- a. Das Schiff muß dem Verpfänder gehört haben („sein Schiff“),
- b. das Schiff muß sich in einem Esthländischen Hafen befinden und daselbst verpfändet worden sein.

c. Der Verpfänder muß mit demselben an einen andern Ort gefsegelt sein.

e. Er muß das Schiff alsdann verkauft haben. (Ein zwangsweiser Verkauf läßt also das Pfandrecht bestehen).

- d. Es müssen die Voraussetzungen des Art. 923 zutreffen. —

Kommt das Schiff aber wieder in den (Esthländischen) Hafen, wo die Verpfändung erfolgte, zurück, so lebt das Pfandrecht an demselben wieder auf.

Das Pfandrecht an dem Schiff erlischt. Aber es erlischt nur zeitweilig, nicht für immer d. h. richtiger gesagt, es ruht für eine bestimmte Zeit d. h. für die Zeit, wo es sich außerhalb des Esthländischen Hafens, in welchem die Verpfändung erfolgte, befindet. — Wenn die Ann. zu Art. 1436 P. 6 diese Folge aufstellt, so hat sie dabei die Regel: „Hand muß Hand wahren“ im Auge, was schon daraus hervorgeht, daß sich unter den Quellenzitate zu P. 6 auch Art. 923 findet. — Daher kann von einem pfandfreien Erwerb des Käufers natürlich nur insoweit die Rede sein, als er sich beim Erwerb des Schiffes sowie auch im Verlauf seines spätern Besizes im guten Glauben befand. Engegengesetzten Falls bleibt das Pfandrecht am Schiffe sowieso haften.

War nun der Erwerber bona fide, so kann er die Pfandklage mittelst Berufung auf Art. 923 zurückweisen, das Pfandrecht hat also seine Wirksamkeit verloren. Erfolgte somit die Veräußerung des Schiffes durch den Verpfänder rechtsgültig, so ist die nothwendige Folge davon der durch Tradition vermittelte Eigenthums-erwerb am Schiffe abseiten des redlichen Käufers, der ihn berechtigt, nicht nur die Klage jedes Dritten, sondern sogar des Pfandgläubigers selbst abzuwehren — vorausgesetzt nur, daß das Schiff nicht in den Hafen, wo die Verpfändung erfolgte, zurückkehrt. Der frühere Eigenthümer hat also sein Eigenthumsrecht in jedem Fall verloren. Ja, auch wenn der Verpfänder dem neuen Eigenthümer den Betrag der Pfandforderung oder sogar den von ihm gezahlten Kaufpreis oder den vollen Werth des Schiffes anbietet, braucht letzterer dasselbe keineswegs herauszugeben, sondern kann einfach auf dem von ihm erworbenen Eigenthumsrechte bestehen. — Kann nun der Pfandgläubiger nicht etwa sich auf Art. 924 stützen und in Grundlage desselben die Herausgabe des Schiffes wenigstens gegen Erstattung des vollen Kaufpreises erzwingen? Die Frage ist im verneinenden Sinn zu beantworten. Die Bestimmung der Ann. zu Art. 1436 P. 6 wird durch die Modifikation unserer Regel in Art. 924 nicht berührt. Denn sonst würde man, falls dem Pfandgläubiger dennoch ein solches Zwangsrecht zustehen sollte, nicht von einem Erlöschen des Pfandrechts sprechen können, wie solches in jener Anmerkung gleichwohl geschieht, und ebenso wenig hätte dann die Verweisung jener Stelle auf die Regel des Art. 923 einen Sinn, deren Wirkung doch gerade darin bestehen soll, daß der neue Erwerber die Wiedererstattung der Sache in jedem Fall und jedem gegenüber, also auch dann ablehnen kann, wenn ihm der volle Kaufpreis, der Werth der Sache oder der eventuelle Pfandschilling vom Kläger als Ersatz angeboten werden.

Das Pfandrecht lebt wieder auf. In der Ann. zu Art. 1436 P. 6 stehen dafür die Worte: „so wird das Pfandrecht wieder wirksam.“ Dieses Wirksamwerden tritt ein, sobald das Schiff wieder in den Hafen Esth-



lands gelangte, wo es verpfändet wurde. Bis zu der Zeit war es ganz wirkungslos oder ruhte jedenfalls gänzlich, jetzt dagegen erweist es sich wieder in jeder Beziehung als rechtswirksam, es lebt wieder auf, der Pfandgläubiger hat das, was er ehemals verloren, jetzt wieder gewonnen. Der Schiffseigentümer dagegen verliert in diesem Fall. Zwar nicht sein Eigentumsrecht am Schiff, das behält er noch vorderhand, wohl aber das pfandfreie Eigentum, denn aus einer pfandfreien wird die von ihm als solche vielleicht geraume Zeit besessene Sache zu einer mit einem Pfandrechte behafteten, dessen Rechtswirkungen er sich nunmehr gefallen lassen und dem Pfandgläubiger gegenüber respektieren muß. Zu diesen Rechtswirkungen gehört jetzt natürlich auch, daß der Eigentümer des Schiffes den Pfandgläubiger in Bezug auf die Pfandforderung befriedigen resp. ihm das verpfändete Schiff auf sein in Gestalt der Pfandklage verlauthartes Anverlangen hin herausgeben muß. Wie vor der Rückkehr des Schiffes die Regel: „Hand muß Hand wahren“ den Eigentümer in jeder Beziehung schützte, sich also vollständig wirksam erwies, so fällt die Regel nach der Rückkehr weg und wenn dann der Pfandgläubiger — mag er nun in den Besitz des Pfandes gelangt sein oder nicht — das Pfand verkauft, so kann es sogar zum gänzlichen Untergang des Eigentumsrechts am Schiffe für die Person des frühern Käufers kommen. Fällt aber so die Regel des Art. 923 weg, so ist der erste Käufer des verpfändeten Schiffes dem sein Pfandrechte geltendmachenden Pfandgläubiger gegenüber der rechtlichen Möglichkeit beraubt, auf Art. 924 zu rekurrieren und das Schiff solange zu retinieren, bis ihm der gesammte Kaufpreis vom Kläger entrichtet worden ist, und es bleibt ihm nichts anderes übrig, als sich an seinen Kontrahenten, den Verkäufer des Schiffes zu halten und von diesem den Ersatz des Kaufpreises und seines sonstigen Schadens zu beanspruchen. —

Nur wenn die Verjährung der Pfandklage hinzutritt, erlischt letztere mitsammt dem Pfandrechte für immer (vgl. Art. 1423) und es würde alsdann allerdings definitive Pfandfreiheit des Schiffes eintreten. Eine solche Verjährung tritt aber nicht so ohne Weiteres ein und wird überhaupt in Fällen, wie den vorliegenden zu den Seltenheiten gehören. Denn die Verjährung kann ihren Lauf überhaupt erst mit der Nativität des Klagerrechts beginnen\*), letztere aber liegt hinsichtlich der Pfandklage des Schiffsgläubigers für die ganze Zeit, wo das Schiff sich außerhalb des Ostländischen Hafens, in welchem es verpfändet wurde, befindet, nicht vor, weil das Pfandrechte selbst für diese Zeit erloschen ist oder ruht und als rechtlich nicht existierend zu denken ist, woher also auch von der Möglichkeit der Klageanstellung innerhalb dieses Zeitraumes nicht wohl die Rede sein kann. Letztere wird vielmehr erst mit dem Augenblick möglich sein, wo das Pfandrechte wieder zur rechtlichen Existenz gelangt

\*) Vgl. 3623 Th. III des Prov. Rk.

d. h. sobald das Schiff in den Hafen seiner Verpfändung zurückgekehrt ist, vorher nicht, und sollte darüber auch ein Menschenalter vergangen sein. —

Nach dem genauen Sinn der Anm. zu Art. 1436 B. 6 muß angenommen werden daß die Wiederaufhebung des Pfandrechts am Schiff mit dem Moment seiner Rückkehr ipso jure erfolgt d. h. ohne daß es der Erwirkung eines besondern, die Wirksamwerdung des Pfandrechts aussprechenden gerichtlichen Urtheils bedarf. Die Wiederaufhebung des Pfandrechts als solchen, die nicht mit der dinglichen Pfandklage auf Herausgabe des vorenthaltenen Pfandobjekts verwechselt werden darf, ist demnach überhaupt unverjährbar, nicht dagegen die erwähnte Klage auf Restitution des verpfändeten Schiffes. Denn wenn letztere vom Pfandgläubiger binnen der gewöhnlichen zehnjährigen Verjährungsfrist, gerechnet vom Moment der Rückkehr des Schiffes in den Hafen seiner Verpfändung resp. dem der Vorenthaltung des Schiffes — welche beiden Zeitpunkte natürlich stets mit einander zusammenfallen werden — nicht angestellt wird, so muß sie durch Verjährung erlöschen und gleichzeitig auch den Untergang des Pfandes selbst bewirken. — Allein natürlich ist es dann eben die Verjährung, nicht die Regel: „Hand muß Hand wahren“, was die definitive Pfandfreiheit des Schiffes bewirkt. —

Ebenso kann der Eigenthümer auch durch Ersizung die Pfandfreiheit des Schiffes bewirken (vgl. Art. 1422) und den Untergang des Pfandrechts herbeiführen.

Ad. 2. Die Beantwortung der ersten Frage hat schon einiges Licht auf die zweite Frage geworfen, nämlich wie und in welchem Verhältnisse die drei interessierten Personen, nämlich der Pfandgläubiger, der Pfandschuldner und der Käufer des Schiffes zu einander in Bezug auf die Pflicht einer eventuellen Ersatzleistung stehen.

Was zunächst die Person des Käufers anbelangt, so ist es klar, daß letzterer, solange er nicht mit seinem Schiffe in den Hafen, wo die Verpfändung desselben erfolgte, zurückkehrt, sozusagen ganz außer Schußweite bleibt, weder mit dem Verpfänder noch mit seinem Auktor irgend etwas zu thun und auch von Keinem derselben etwas zu beanspruchen hat. Denn er hat ja, was er einzig und allein haben will, nämlich den unangefochtenen Besitz des von ihm erworbenen Schiffes, und wenn ihn auch der Pfandgläubiger belangt, so braucht er in genauer Grundlage des Art. 923 die Sache dem letzteren nicht herauszugeben. Ein Schaden ist ihm weder von Seiten des einen noch des andern erwachsen, es kann daher auch von eventuellen Schadenserizansprüchen gegen diese Personen keine Rede sein. Anders, wenn in Folge der Rückkehr des Schiffes in den Hafen seiner ursprünglichen Verpfändung das Pfandrecht wiederauflebt. Da im Falle erhobener und durchgeführter Pfandklage der Erwerber des Schiffes zur Herausgabe des letzteren gezwungen ist, so kann er sich, falls er den nachherigen Verkauf der Pfandsache verhüten will, sein

Eigenthum am Schiffe nur so sichern, daß er die Pfandsomme dem Pfandgläubiger bezahlt. In Folge dessen erwächst ihm dann ein Regreßanspruch an seinen Auktor auf Rückerstattung der dem Pfandgläubiger bezahlten Pfandforderung. War dagegen weder der Pfandschuldner noch der Käufer des Schiffes imstande, die Pfandsomme zu zahlen, und mußte der Pfandgläubiger in Folge dessen zum Verkauf des Pfandes schreiten, was den Verlust des Eigenthums für den Käufer zur Folge hatte, so wird sich sein Regreßanspruch gegenüber dem eigentlichen Pfandschuldner, seinem Auktor, auf Erstattung des ganzen Kaufpreises sowie der sonstigen Kosten und Schäden erstrecken, die ihm durch Verlust seines Eigenthums am Schiffe erwachsen sind. Vom Pfandgläubiger aber kann er — wie wir gesehen haben — gar keinen Ersatz resp. auch nur irgend ein Aequivalent verlangen, da die Entwindung der Sache nur auf Grund und in den Grenzen des ihm, dem Gläubiger, zustehenden Pfandrechts am Schiffe erfolgte. Bezahlte aber der Pfandschuldner die Schuld, so erlischt damit das Pfandrecht und der Käufer des Schiffes hat daran nunmehr ein pfandfreies Eigenthum und keine Veranlassung mehr, von seinem Auktor noch irgend etwas zu fordern. Der Pfandgläubiger, der, wie schon gezeigt wurde, seinerseits nicht verpflichtet ist, das zurückgekehrte Schiff vom Käufer auszulösen, sondern dasselbe letzterem einfach, ohne zu irgend einer Ersatzleistung verpflichtet zu sein, abfordern kann, muß letzteres aber dem Käufer sofort wieder restituieren, sobald der Pfandschuldner ihm seine Schuld entrichtet hat. Jedoch auch in diesem sowie überhaupt in den Fällen, wo der Käufer das Schiff dem Pfandgläubiger auf dessen Klage herausgeben mußte, bleibt ihm, selbst wenn er nach erfolgter Tilgung der Pfandschuld das Schiff zurückerhielt, ein gegen seinen Auktor realisirbarer Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er durch das zeitweilige Entbehren des Schiffes erlitten, sowie der eventuellen Prozeßkosten. —

Der Pfandgläubiger dagegen kann sich -- wenn der Verpfänder mit dem Schiff aus dem Hafen, wo er es verpfändete, fortgefahren war und dasselbe einem Dritten veräußert hatte -- wegen seiner Forderung an ersteren halten, falls er seiner Person resp. seines Vermögens habhaft werden kann, und von demselben volle Befriedigung für seine Forderung verlangen\*). Nur muß er das innerhalb der Verjährungsfrist thun, da er sie sonst verliert. An das veräußerte Schiff kann er sich -- solange es sich außerhalb dieses Hafens befindet -- wie wir gesehen haben, nicht halten, wohl aber, wenn letzteres in den Hafen, wo es verpfändet wurde, zurückkehrt und wenn er mit

\*) Jedoch erleidet dieser Satz bei der Bodmerei eine entsprechende Aenderung, da es außer der dinglichen Pfandklage eine persönliche Klage aus dem Bodmereibrief gegen den Verpfänder nicht giebt, diese vielmehr den Charakter einer dinglichen Klage hat, vgl. Шершеневичъ: „Курсъ торговаго права,“ (1899 г.) § 146, С. 841.

seiner Pfandforderung noch nicht befriedigt ist. — Der Verpfänder hat keinerlei Ansprüche oder Forderungen an seinen Gläubiger oder den Käufer, er ist im Gegentheil Beiden gegenüber in der angegebenen Weise, in dem Umfange und unter den Bedingungen ersatzpflichtig, die den diesbezüglichen Ersatzforderungen dieser beiden Personen gegen ihn entsprechen. —

Nachdem wir so Bedeutung, Wesen und Umfang der Regel: „Hand muß Hand wahren“ im Provinzialrecht, ihre Voraussetzungen und Wirkungen, ihre Ausnahmen und Modifikationen kennen gelernt haben, gilt es nunmehr, der eingangs dieser Abhandlung (vgl. S. 161 f.) aufgeworfenen Frage über das Verhältniß der zivilrechtlichen Normen der Artt. 923—926 Th. III des Prov. R. zu den strafrechtlichen Bestimmungen der Artt. 1621 ff., 1637 ff., 1681 ff. und 1664 des Reichsstrafgesetzbuches sowie der Artt. 375 und 777 der Reichsstrafprozeßordnung (B. XVI des Cb. Zak.) näherzutreten. Während nämlich zwar Art. 1664 des russischen Strafgesetzbuches mit dem hier entwickelten Grundprinzip der Regel: „Hand muß Hand wahren“ in Art. 923 Th. III des Prov. R. sowie des Anwendungsfalles derselben in Art. 1475 *ibid* aufs Beste übereinstimmt, scheint das auf den ersten Blick mit den übrigen Artikeln unseres Strafkodex sowie mit Art. 375 der russischen Strafprozeßordnung — so wird wenigstens zuweilen behauptet — weniger der Fall zu sein und dann würde die Frage entstehen: was hat vorzugehen, die strafrechtliche Norm der zivilrechtlichen oder umgekehrt die zivilrechtliche der strafrechtlichen? —

Als leitendes Grundprinzip wird man nun in dieser Hinsicht etwa folgende allgemeine Regel aufstellen dürfen: wo immer ein allgemeines d. h. für das ganze Russische Reich erlassenes älteres Gesetz gegenüber einem mit letzterem im Widerspruch stehenden jüngern, nur für einen bestimmten Theil des Reiches bestimmten Geetze in Frage kommt — wie das z. B. unserer Kodifikation vom J. 1864 der Fall ist — da wird nach einem allgemein anerkannten Grundsatz das jüngere spezielle Gesetz dem ältern generellen Gesetz, in unserem Fall also eine Bestimmung des Th. III unseres Prov. R. der ihr eventuell widersprechenden strafrechtlichen Norm allemal vorzugehen haben\*). Wenn demnach die Kodifikation des baltischen Privatrechts gegenüber dem Reichsstrafkodex als das spezielle Gesetz erscheint und außerdem, da sie vom Jahre 1864 herrührt, offenbar jüngeren Datums als unser aus dem J. 1845 stammendes Strafgesetzbuch ist, so wird man wohl kaum fehlgehen, wenn man diejenigen auf die Regel: „Hand muß Hand wahren“ bezüglichen Bestimmungen der Kodifikation, mithin insbesondere die Artt. 923—926, die einer Strafnorm, also in Sonderheit einem der erwähnten

---

\*) Vgl. auch meine Schrift: „Streifzüge auf dem Gebiete der Theorie und Praxis der provincialen Privatrechts“ Riga und Berlin 1902, S. 36 f.

Artikel \*) unseres Strafgesetzbuches widersprechen, letzteren vorgehen läßt, Selbstverständlich aber muß die betreffende strafrechtliche Norm irgend etwas Zivilrechtliches enthalten, da sonst kein eigentlicher Widerspruch denkbar wäre.—

Gehen wir nunmehr auf die Einzelheiten ein, so wird zu allererst natürlich gefragt werden müssen:

1. Ist überhaupt ein wirklicher Widerspruch zwischen den auf unsere Regel bezüglichen privatrechtlichen Bestimmungen und den erwähnten kriminalrechtlichen Normen vorhanden oder nicht?

2. Im Bejahungsfalle, welches sind die beiderseitigen, einander widersprechenden Gesetzesstellen?

3. Worin besteht der Widerspruch? und

4. Wie ist derselbe zu lösen? —

Ad 1. Ein eigentlicher Widerspruch ist überall nicht vorhanden, er ist vielmehr nur ein scheinbarer und auch nicht gerade schwer aufzulösen. Wir nehmen in dieser Hinsicht zuerst den am wenigsten zweifelhaften Fall und konfrontieren zu diesem Behufe zunächst die Artt. 923 und 1475 Th. III des Prov. Rs mit den Artt. 1664 des Reichsstrafgesetzbuches und 375 der Reichsstrafprozeßordnung.

Wie gezeigt worden ist, greift die Regel: „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 nur dann Platz, wenn der Eigenthümer der Sache letztere freiwillig einem Andern weggegeben d. h. ihm anvertraut hat. Nur in diesem Fall zeiffert die Eigenthümersklage gegenüber dem dritten gutgläubigen Erwerber. War dagegen die Sache gegen den Willen des Eigenthümers aus dessen Besitz gekommen d. h. geraubt oder gestohlen, so wird der gutgläubige dritte Erwerber gegen die Eigenthümersklage nicht mehr geschützt, sondern muß die Sache dem vindikanten kostenfrei restituieren (vgl. Art. 1475 Th. III des Prov. Rs).

Nun sagt Art. 1664 des Strafkodex in seinem Anfang:

„Все похищенное имущество, по открытіи онаго, немедленно возвращается тѣмъ, у коихъ оно было похищено.“

„Alles gestohlene Gut wird, nach Auffindung desselben, unverzüglich denjenigen zurückgegeben, denen es gestohlen ist“ . . .

Ist also die Sache, wie in unserem Fall, dem Eigenthümer derselben gestohlen, so muß sie diesem und zwar sofort zurückgegeben werden. —

\*) Vgl. meine „Streifzüge“ I. c. — Anderer Meinung Bunge: Das kurl. Priv. R., § 11, S. 18 f. und § 15, S. 23 f. — Siehe aber S. 535 Anm. I. c. — Daß unsere Literatur diese Frage gänzlich ignoriert, haben wir bereits eingangs dieser Schrift erwähnt, vgl. S. 161. Das Gespenst der in der Behandlung der Grenz- resp. Kollisionsgebiete der einzelnen Rechtsdisziplinen unter einander behaupteten Schwierigkeit wird alsbald verschwinden, wenn man es nur kalten Blutes ins Auge faßt und in nüchtern besonnener Weise darangeht, die beiderseitigen Grenzlinien zu ziehen. —

Entsprechend heißt es in Art. 375 der Strafprozeßordnung (B. XVI des Sv. Zak.):

„Предметы, похищенные или отнятые, по отыскании и оцѣнкѣ ихъ, возвращаются подъ росписку тѣмъ, у кого были похищены или отняты, если въ приложеніи этихъ предметовъ къ дѣлу не представляется особенной надобности.“

„Die gestohlenen oder geraubten Gegenstände werden, nach ihrer Auffindung und Abschätzung gegen einen Revers denjenigen, welchen sie gestohlen oder geraubt wurden, zurückgegeben, wofern nicht etwa eine besondere Nothwendigkeit vorliegt, diese Gegenstände zur Akte zu legen.“ —

Ferner in Art. 777 der Strafprozeßordnung:

„Вещи, добытыя чрезъ преступное дѣяніе, возвращаются хозяину, хотя бы онъ и не предъявлялъ никакого иска; но вещественныя доказательства, имѣющія существенное въ дѣлѣ значеніе, возвращаются не прежде, какъ по вступленіи приговора въ законную силу.“ D. h. „Die durch eine verbrecherische Handlung erlangten Sachen werden ihrem Eigenthümer zurückgegeben, auch wenn er gar keine Klage angestrengt hat; allein körperliche Beweismittel, die in der Sache eine wesentliche Bedeutung haben, werden nicht früher zurückerstattet, als bis das Urtheil die Rechtskraft beschritten hat.“ —

Endlich stimmt aber auch das russische Reichszivilrecht (B. X des Sv. zak.) mit den angezogenen Gesetzen des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung überein, denn Art. 512 B. X des Svods bestimmt, daß wenn Jemand bona fide eine gestohlene Sache ohne Bürgschaft gekauft hat, er dieselbe sofort wieder dem bestohlenen Eigenthümer zurückgeben muß, wofern eben nur der Diebstahl erwiesen ist (vgl. auch den zitierten Aufsatz von Ф. Г-нъ in Nr. 72 der „Юридическая газета“ Jahrg. 1905, S. 2). —

Enthalten also Privatrecht, Strafrecht und Strafprozeß ein und dieselbe Bestimmung, daß alles gestohlene Gut dem Bestohlenen zurückgegeben werden muß, so liegt volle Übereinstimmung vor und ich weiß nicht, wo man da noch einen Widerspruch herausfinden will\*). — In sehr rich-

---

\*) Von selbst versteht es sich übrigens, daß in allen den Fällen, wo ein Kriminalverbrechen und zwar speziell eine Unterschlagung nicht vorliegt, z. B. beim Irrthum des Auktors des dritten Erwerbers über die Identität des tradierten Gegenstandes oder bei einer Tradition in nichtgewinnstüchtiger Absicht, sondern unter Ausfolgung des aus der unberechtigten Veräußerung gelösten Geldes an den Eigenthümer, von einer Kollision zwischen Straf- und Privatrecht überhaupt nicht die Rede sein kann. — So läßt es sich sehr wohl denken, daß A den B in der Furcht, daß letzterer seine Sache nicht am Ende leichtsinniger Weise veräußere

tiger, anschaulicher Weise wird diese Übereinstimmung des Art. 923 Th. III des Prov. Rs mit Art. 1664 des Strafkodex in einem Urtheil des ehemaligen Rigaschen Rathes vom 8. August 1884 sub Nr. 5391 zum Ausdruck gebracht [vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, B. VII (1885) S. 79 f., Nr. 1263], daß wir angesichts des Umstandes, daß die Zwingmann'sche Sammlung in Folge hier nicht näher zu erörternder Umstände im Buchhandel immer seltener wird, an dieser Stelle in extenso wiedergeben wollen, nachdem zuvor der Thatbestand in Kürze referiert werden soll. Es handelte sich um folgenden Fall: M hatte von A einige Uhren zum Verkauf erhalten, dieselben aber in der Folge unterschlagen. Zuzufolge des gegen ihn anhängig gemachten Strafverfahrens wurde M der Unterschlagung für schuldig erkannt, zugleich aber der dritte Erwerber der unterschlagenen Uhren, S, der sie in gutem Glauben von M gekauft hatte, vom Kriminalgericht angewiesen, die gekauften Uhren, unbeschadet allerdings des nachher gegen M zu nehmenden Regresses, der Polizei resp. dem A auszuliefern. Diese gegen den S ergangene Verfügung wurde auf dessen Beschwerde durch die am 8. August d. J. 1888 sub Nr. 5391 ergangene Resolution des Rigaschen Rathes mit nachfolgender Motivierung aufgehoben:

„Daß Supplikant S von dem Vergehen des M Kenntniß hatte, ist von der Criminal-Deputation nicht angenommen worden. Der Art. 923 des Privatrechts bestimmt nun, daß der dritte redliche Besitzer einer beweglichen Sache — und als solcher muß Supplicant vorderhand angesehen werden — vom Eigenthümer nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn er diese Sache einem Anderen freiwillig weggeben und dieser Andere, wenn auch widerrechtlicher Weise, den Besitz der Sache weiter auf den Dritten übertragen hat. Da es sich hier um den Verbleib bzw. um Wegnahme der Uhr, d. h. im Wesentlichen um eine Frage privatrechtlicher Natur handelt, über welche die Criminal-Deputation nur nach den Grundsätzen der Abhäsion zu entscheiden hatte, so hätte die genannte Behörde den Art. 923 des Privatrechts nicht außer Acht lassen sollen, und zwar um so weniger, als der der untergerichtlichen Entscheidung offenbar zu Grunde liegende Art. 1664 des Strafkodex — durchaus nicht im Widerspruche zum angezogenen Art. 923 des Privatrechts — nur die unber-

---

und den Erlös vergeude, veranlaßt, ihm die Sache — die in casu concreto vielleicht ein werthvolles Andenken repräsentiert — zu leihen und sie dann mit der bestimmten, für ihn auch realisierbaren Absicht, sie nachher wieder auszulösen, jemandem verpfändet. Wegen Unterschlagung wird man den B nicht verurtheilen können, da ihm die verbrecherische Absicht fehlt, und wegen Betruges aus demselben Grunde gleichfalls nicht. Allein die Regel: „Hand muß Hand wahren“ greift Platz und die Vindikation bleibt dem ersten Eigenthümer versagt. —

zügliche Rückgabe des gestohlenen Gutes an den Bestohlenen ohne Rücksicht auf den jeweiligen Besitz zur Vorschrift macht, dagegen diese Vorschrift auf unterschlagenes Gut nicht ausdehnt. Die Criminaldeputation hatte daher wenigstens auf Grund eruierten Thatbestandes keine Veranlassung dazu, den Supplikanten S zur Einlieferung der Uhre zu verpflichten.“ —

Zu dieser gewiß zutreffenden Entscheidung unserer Frage muß man gelangen, wenn man das Wort „похищенный“ in den beiden angezogenen Artikeln mit dem Ausdruck „entwenden“ übersetzt. Sowie man aber an der Übersetzung: „unterschlagen“ festhält, so scheint allerdings ein wahrer Widerspruch gegeben zu sein, was uns auf B. 2 führt. —

Ad 2. Wenn nämlich Art. 1664 des Kriminalkoberg und Art. 375 der Kriminalprozeßordnung wirklich nicht nur von dem Thatbestande des Diebstahls resp. Raubes, sondern ebenso auch von dem der Unterschlagung zu verstehen sein sollten, so würde Art. 923 Th. III des Prov. R. diesen beiden Artikeln insofern widersprechen, als er, gerade von dem Fall der Unredlichkeit des Vertrauensmannes d. h. der Verschleuderung der ihm anvertrauten Sache ausgehend, sagt: der Eigenthümer kann die Sache vom redlichen dritten Erwerber nicht zurückholen, während die Artt. 1664 und 375 und 777 sagen: er kann sie zurückholen oder: die unterschlagene Sache muß auch ohne Klage (siehe unsere späteren Ausführungen) ihm zurückgegeben werden. In diesem Sinn hat auch der ehemalige Rigasche Rath in seiner Resolution vom 23. April 1875 sub Nr. 2875 \*) entschieden. Der Thatbestand war folgender: Ein Magazinaufseher der Riga-Dünaburger Eisenbahngesellschaft hatte mehrere, unter seiner Aufsicht aufbewahrte, also ihm anvertraute Fässer mit Del unterschlagen und an die Kaufleute W. und K. verkauft. In dem diesbezüglich von der Criminaldeputation des Rigaschen Rathes gefällten Strafurtheil wurde gleichzeitig verfügt, daß vier von den beiden Kaufleuten W. und K. durch die Polizei entdeckt und mit Beschlag belegten Fässern Del der Riga-Dünaburger Eisenbahngesellschaft ausgeliefert werden sollten. Auf die gegen letztere Verfügung seitens der Kaufleute W. und K. erhobene und auf Art. 923 Th. III des Prov. R. gegründete Beschwerde erging folgende, letztere abweisende Resolution:

„Die Bezugnahme auf den Art. 923 des Prov. R. Th. 3 ist für den vorliegenden Fall um deswillen hinfällig, weil es sich hier nicht um eine im Wege des Zivilprozesses angestellte Eigenthumsklage, sondern lediglich um ein Kriminaluntersuchungsverfahren handelt, durch welches ein begangenes Verbrechen aufzuheben und zu beahnden ist und wobei lediglich die Vorschriften des Kriminalrechts in Anwendung zu kommen haben. Nun

---

\*) Vgl. die Zwittingmann'sche Präjudikatensammlung, B. IV, S. 55, Nr. 504.



schreibt aber der Art. 1664 des Strafkodex ausdrücklich vor, daß alles entwendete Gut, sobald es entdeckt wird, unverzüglich demjenigen zurückgegeben werden soll, welchem es entwendet worden ist. Supplikanten meinen nun zwar, daß sich diese Bestimmung nicht auf unterschlagenes Gut beziehe, da dieselbe in dem Art. 1621 ff. des Strafkodex nicht wiederholt sei. Allein die gleiche ratio legis gilt für verbrecherische Entwendungen aller Art, seien diese durch Diebstahl, Raub oder Unterschlagung bewirkt worden. Auch unter dem Abschnitt des Strafkodex vom Raube ist jene Bestimmung des Art. 1664 nicht wiederholt und doch wird es nicht zweifelhaft sein, daß das Geraubte, wo es auch gefunden wird, den VERAUBTEN zurückzustellen sein wird. Die bisherige Praxis hat an diesem Grundsatz der Zurückstellung bisher ausnahmslos festgehalten, und es ist kein Grund, von derselben abzuweichen, was nur zur Schädigung der Eigenthumsverhältnisse und der allgemeinen Sicherheit führen würde. Meinen die Supplikanten durch einen redlichen Erwerb im guten Glauben die qu. Fässer Del erworben zu haben und auf Grund der Zivilgesetze ein Eigenthumsrecht an denselben geltendmachen zu können, so bleibt es ihnen offen, dieses Recht auf dem Wege des Zivilprozesses gegen die Eisenbahngesellschaft ausüßhrig zu machen\*)."

Der Widerspruch, in welchem sich Art. 1664 des Strafgesetzbuches und Art. 923 Th. III des Prov. Rs miteinander befinden, falls ersterer Artikel wirklich auch oder gar nur vom unterschlagenen Gute verstanden werden soll — wie das in der zitierten Entscheidung geschieht — wird kaum in erheblichem Maße abgeschwächt, wenn letztere dem dritten redlichen Erwerber, dem die Sache von der Polizei abgenommen wird, die Möglichkeit offen läßt, die dem ersten Eigenthümer zurückgegebene Sache von diesem auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ zu vindizieren. Denn Art. 923 giebt dem dritten redlichen Erwerber nicht nur das Recht, die ihm abgenommene Sache von jedem Andern auf Grund des von ihm erworbenen Eigenthumsrechtes zurückzuverlangen, sondern giebt ihm ein weit stärkeres Recht, nämlich die von Andern — und sei es auch vom Eigenthümer selbst — angesprochene Sache zu behalten und die Herausgabe derselben zu verweigern. Letzteres kann mithin für den dritten Erwerber viel wichtiger sein, als das nachherige Vindikationsrecht. Ihm kommt es vielleicht gerade sehr viel darauf an, die betreffende Sache gerade jetzt zu haben und dieselbe sich nicht entziehen zu lassen. Erwächst ihm durch die Prozedur der Abnahme der Sache durch die Polizei und die damit unausbleiblich verbundene längere Zeit hindurch andauernde Vorenthaltung der Sache ein

\*) Vgl. gegen dieses Urtheil auch Erdmann System, B. II, § 641, S. 194, Note 5 und Zwingmann, in B. VII seiner „Zivilrechtlichen Entscheidungen“, Seite 80 in der Note. —

Schaden, wer wird ihm denselben vergüten? Die Polizei gewiß nicht, denn die soll ja nach jener Anschauung das Recht und die Pflicht zu einer solchen Abnahme haben, und der erste Eigenthümer gewiß auch nicht, da er sich hinter der amtlichen Handlung des Polizeiorganes verschanzen kann. Also bliebe der Widerspruch in seiner vollen Stärke und mit allen seinen praktisch nicht ungefährlichen Folgen bestehen, wenn man das Verbum „похитить“ in den mehrfach angezogenen Artikeln des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung wirklich mit „unterschlagen“ übersetzen will. Allein eben Letzteres wäre entschieden unrichtig. Vielmehr sprechen überwiegende Gründe dafür, daß „похитить“ oder „похищенный“ in jenen Gesetzesartikeln wohl nur vom Diebstahl oder Raube, nicht auch der Unterschlagung verstanden werden kann. Vor Allem Gründe sprachlicher Natur. Das Verbum: „похитить, похищать“ heißt im Russischen nicht „entwenden“ im Sinn von „unterschlagen“, sondern wird nur im Sinn von stehlen, rauben oder durch Betrug an sich bringen gebraucht\*), also um ein heimliches oder gewalthätiges Sichaneignen fremden Gutes zu bezeichnen. Darauf weist auch die weitere Bedeutung von „похищать“. Dies Wort wird nämlich auch im Sinne von „entführen“ (z. B. ein Mädchen) gebraucht, wo es sich doch auch um einen Gewaltakt handelt. So heißt denn auch im Russischen: „похититель“ geradezu „Entführer“.\*\*). Niemals aber haben die Ausdrücke die Bedeutung von „unterschlagen“. Die technische Bezeichnung für „Unterschlagung“, „unterschlagen“ ist vielmehr im Russischen: „растрата“, „растратить“, „растрачивать“\*\*\*).

Dementsprechend gebraucht auch die Rechtssprache unseres Kriminalcodex die beiden letztgenannten Ausdrücke zur Bezeichnung des deliktischen Thatbestandes der Unterschlagung im Gegensatz zum Diebstahl und Raube, wie schon aus der Titelüberschrift zu den beiden von der gewöhnlichen Unterschlagung handelnden Artt. 1681 und 1682 hervorgeht, die folgendermaßen lautet: „О присвоении и растрате чужого движимаго имущества“. Niemals aber bedeutet „похищение“ oder „похитить“ im Russischen Strafcodex die verbrecherische Thätigkeit des Unterschlagens. Zur Evidenz wird das durch Art. 1626 dieses Gesetzbuches bewiesen. Dieser Artikel ist der erste des dritten Kapitels der 12. Abtheilung [das Strafgesetzbuch (ausgenommen das Friedensrichterstrafgesetzbuch) zerfällt in 12 Abschnitte, раздѣлы

---

\*) Vgl. z. B. Benfrod: „Russisch-Deutsches und Deutsch-Russisches Wörterbuch,“ I Russisch-Deutscher Theil (5. Auflage) S. 453 ad vocem: „похищать, похитить“ und Pawlowsky: Russisch-Deutsches Wörterbuch (1879) S. 861 ad vocem: „похищать, похитить“.

\*\*) Vgl. die eben zitierten Konversationslexikas I. c.

\*\*\*) Vgl. Benfrod: „Deutsch-Russischer Theil“ (5. Aufl.) S. 803.

genannt], trägt die Überschrift: „О похищении чужого имущества“ und zählt eine Gruppe von vier Delikten auf, die unter der allgemeinen Bezeichnung „похищение“ (Entwendung) zusammengefaßt werden. Es sind folgende: gewalthätiger Raub (разбой), einfacher Raub (грабежъ), Diebstahl (кража) und betrügerische Entwendung (мошенничество). Die Unterschlagung findet sich unter den hier aufgezählten Delikten nicht (vgl. Artt. 1626—1676), dieselbe wird vielmehr erst im vierten Kapitel, Abtheilung 2, in den Artt. 1681 und 1682 behandelt, der Gesetzgeber rechnet sie also nicht unter die Kategorie der Entwendung (похищение) und will mithin die für letztere geltenden Normen auf die Unterschlagung nicht angewandt wissen. — Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß „похищение“ in der russischen Rechtssprache übereinstimmend mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nur Entwendung im Sinne des Art. 1626 des Strafrechtsbuchs heißt und nur von einem der in diesem Artikel aufgezählten vier Verbrechen gebraucht wird, niemals aber von der Unterschlagung verstanden werden kann. Hätte das letztangeführte Urtheil den Art. 1626 zit. des Strafbuchs gehörig berücksichtigt und in Betracht gezogen, daß der allgemeine Terminus „похищение“ = „Entwendung“ die Unterschlagung nicht in sich begreift, so hätte es, da es zudem noch den Ausdruck: „похищенное“ in Art. 1664 zit. ganz richtig mit „entwendet“ übersetzt, nothgedrungen zu einem andern, dem ersten Urtheil entsprechenden Resultat kommen müssen, hätte also nicht nöthig gehabt, einen Widerspruch anzunehmen, wo de facto keiner vorhanden ist. — Ganz in demselben Sinn ist das Verbum „похитить“ auch in Art. 375 der Kriminalprozeßordnung zu verstehen, heißt also auch hier „entwenden.“ Nur wird noch hinzugefügt: „или отнятые“. „Отнять“ in diesem Zusammenhange ist aber auch wieder nur mit dem deutschen „rauben“ wiederzugeben, wie das eine Vergleichung der Artt. 1626 und 1637 zit. des Strafgesetzbuches mit genanntem Art. 375 der Kriminalprozeßordnung unschwer ergiebt. Denn in dem vom einfachen Raube handelnden Art. 1637 zit. bedeutet „отнятие“ gerade die Thätigkeit des Beraubens d. h. die Beraubung. Also ist auch die Übereinstimmung des Art. 375 zit. mit dem provinziellen Privatrecht eine vollkommene oder widerspricht letzterem doch zum Mindesten nicht. —

Zieht man den Sprachgebrauch der Kodifikation unseres baltischen Privatrechts vom J. 1864 in ihrer russischen Übersetzung zur Klärung unserer Frage zu Rathe, so gelangt man ganz zum selben Resultat. Auch hier wird der in Art. 4563 gebrauchte Ausdruck „похищение“ nur in dem Sinne von Beraubung oder Diebstahl, nicht auch von Unterschlagung gebraucht. Denn als Forderungsberechtigte aus der durch die Entwendung gegebenen und auf Schadenersatz gerichteten obligatio ex delicto werden der Bestohlene und der Beraubte in Art. 4564 Th. III des Prov. R. parallel nebeneinander genannt ... „то обокраденный или ограбленный можетъ

требовать съ похитителя“... Vergleicht man aber diesen Art. mit dem Art. 1463 — wo gleichfalls nur der allgemeine Ausdruck: „похищение“ „Entwendung“ vorkommt — sowie mit dem Art. 4565, wo der Ersatzpflichtige „похититель“ = „Entwender“ genannt wird, so sieht man klar, daß „похититель“ nur Dieb oder Räuber resp. Beides zugleich, nichts Anderes heißen kann. —

Ganz zu demselben Ergebniss führen Artt. 1473, 1475 und 1476 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> in ihrer russischen Fassung. Der erste von ihnen enthält die uns bekannte Anwendung der Regel: „Hand muß Hand wahren“ auf den Dritten, der bona fide in Liv- und Esthland von einem Handwerker, in Livland außerdem auch noch von einem Fuhrmann oder Schiffer eine letzteren Personen vom Eigenthümer zur Reparatur, Versendung oder Verfrachtung übergebene Sache als Faustpfand empfang. Da nun in diesem Falle bekanntlich — trotz des in casu concreto auf Seiten des unredlichen Handwerkers zc. vorliegenden kriminalrechtlichen Thatbestandes der Unterschlagung das Eigenthum vom Pfandgläubiger nicht — wie im Fall eines Raubes oder Diebstahl (Art. 1475) — unentgeltlich, sondern nur gegen Entrichtung des Handwerks-, Fuhr- oder Schifferlohnes herausgegeben zu werden braucht, so ist es schlechterdings unmöglich, die einleitenden Worte des Art. 1475 Th. III des Prov. R<sup>s</sup>: „Въ случаѣ заклада вещи украденной или иначе похищенной“, insbesondere die Nebeneinanderstellung der Ausdrücke „украденной“ und „похищенной“ auch von der Unterschlagung zu verstehen, denn wäre letzteres richtig, so müßte der Eigenthümer das Recht haben, vom Pfandgläubiger die Sache ohne das geringste Entgelt zurückzuerlangen, wozu ja Art. 1475 bei gestohlenen oder geraubten Sachen den Pfandgläubiger direct verpflichtet. Diese Folge stellt aber Art. 1473 gerade nicht auf, er giebt im Gegentheil dem Pfandgläubiger das Recht, vom vindizierenden Eigenthümer das obengenannte Entgelt zu fordern und gewährt ihm sogar für dieses Forderungsrecht ein jus retentionis an der Sache. Folglich kann „похищенный“ in Art. 1475 zit. nur auf den Raub (грабежъ, разбой) oder die betrügerische Entwendung (мошеничество), nicht dagegen auf die Unterschlagung gehen (vgl. noch Art. 1626 des Strafgesetzbuches).

Ad 2. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist aber auch, daß die beiden einzigen von der Unterschlagung handelnden Artikel unseres Strafgesetzbuches, nämlich Artt. 1681 und 1682 die in Art. 1664 des Strafgesetzbuches erwähnte Folge der sofortigen Rückgabe der entwendeten Sache an den Geschädigten mit keinem Worte erwähnen und auch überhaupt in dieser Beziehung — gleich den übrigen bisher genannten Artikeln des Strafgesetzbuches — keine besondere Ausnahme mit irgend einem Theile des Reichs machen. Das Gewicht dieses Arguments versucht das Letzte der beiden von uns citierten

Urtheile allerdings nach Möglichkeit zu Gunsten seiner Anschauung abzuschwächen. Denn es weist darauf hin, daß auch die vom Raube handelnden Artt. 1627—1643 des Kriminalkodex einer sofortigen Abnahme und Rückgabe der geraubten Sache an den Beraubten keineswegs Erwähnung thäten und doch müsse eine solche auch in diesem Falle ganz unzweifelhaft statifinden. Allein dieser Einwand läßt sich leicht widerlegen. Zwar ist es richtig, daß die vom Raube handelnden Artt. 1627—1643 des Strafgesetzbuches die Bestimmung des Art. 1664 nicht wiederholen. Allein hier wie für den Fall der betrügerischen Entwendung (мошенничество) (Artt. 1665—1676 des Strafgesetzbuches) verstehen sich die sofortige Wegnahme der entdeckten, geraubten oder betrügerisch entwandten Sache und die Auslieferung derselben an den Geschädigten im Gegensatz zum Fall der Unterschlagung bei der inneren Gleichartigkeit der in Art. 1626 des Strafgesetzbuches aufgezählten vier Verbrechenarten wohl von selbst, während sie sich bei der von letzteren verschiedenen Unterschlagung gewiß nicht von selbst verstehen würden — denn alle diese vier Verbrechen (gewaltthätiger Raub, einfacher Raub, Diebstahl und betrügerische Entwendung) haben doch das Gemeinsame, daß der Verbrecher sich in widergesetzlicher Weise in den Besitz der Sache setzt, sei es mit Gewalt oder List, wogegen die Unterschlagung vorhergehenden Besitz oder wenigstens Detention an der nachher unterschlagenen Sache auf Seiten des Delinquenten schon voraussetzt. Die erstgenannten Verbrechen sind gewissermaßen die roheren, das letzterwähnte ist dagegen ein feineres, übertünchteres. Der Besitz resp. die Detention und damit eine gewisse Dispositionsbefugniß an der Sache sind dem Unterschlagenden anvertraut worden und letzterer hat dies Vertrauen des Eigenthümers mißbraucht, er hat sich also eines Vertrauensbruches schuldig gemacht. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn der Gesetzgeber dieses Verbrechen anders behandelt wie den Diebstahl und die übrigen in Art. 1627 aufgezählten Verbrechen und daher auch jene Bestimmung über Abnahme und Restitution der Sache dem gehörig, hier fallen läßt. Denn mit dem, der sich womöglich schon seit längerer Zeit offen und unangefochten als Besitzer einer Sache geriert, kann man, ohne sich dem Tadel der Unvorsichtigkeit auszusetzen, umso ruhiger die Sache kontrahieren. — Dementprechend konnte man bei der Unterschlagung dem dritten, gutgläubigen Erwerber unmöglich zumuthen, sich trotz größtmöglichst aufgewandter Vorsicht mit dem Verlust der erworbenen Sache bestrafen zu lassen. —

Die Gleichartigkeit jener besagten vier Verbrechen wird aber auch vom Gesetzgeber schon äußerlich dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er sie — wie wir schon sahen — im dritten Kapitel Art. 1626 zu einer Gruppe unter der allgemeinen Bezeichnung: Entwendung (похищение) (о похищеніи чужого имущества = vom Entwenden fremden Eigenthums) zusammenfaßt. Da nun also похищение = „Entwendung“ nach der Terminologie

des russischen Strafgesetzbuches ebensowohl Diebstahl, wie Raub und betrügerische Entwendung bedeutet, so erschien es dem Gesetzgeber genügend, wenn er in Art. 1664 zit. des Strafgesetzbuches jene Bestimmung d. h. Wegnahme des aufgefundenen, entwandten Gutes ganz allgemein für den Fall der Entwendung = похищение statuierte. Art. 1664 zit. des Strafgesetzbuches bedient sich gerade mit erkennbarer Absichtlichkeith des Ausdruckes „похищенное имущество“ und zwar heißt es noch mit besonderem Nachdruck: „все похищенное имущество“ d. h. alles entwandte Gut, mag es nun geraubt, gestohlen oder durch Betrug entwandt worden sein. Damit war der Gesetzgeber sicher, alle vier in Art. 1627 zit. des Strafgesetzbuches aufgezählten Entwendungsfälle zu treffen, folglich also mit der in Art. 1664 zit. statuierten Wegnahme und Rückgabe der Sache eine für jede Entwendungsart gültige und bindende Norm zu schaffen, einerlei ob die Sache eine geraubte oder gestohlene war und ohne Rücksicht darauf, ob sie sich in den Händen eines redlichen oder eines unredlichen Erwerbers befand. Man darf daher nicht, wie jenes Urtheil, daran Anstoß nehmen, daß die Bestimmung über Wegnahme der Sache (Art. 1664 zit.) sich in einem nur vom Diebstahle handelnden Abschnitte befinde, bei den andern Entwendungsarten aber nicht wiederholt sei, und muß sich dadurch nicht irre machen lassen. Denn es liegt eben hier weiter nichts vor, als ein redaktionelles Versehen in der gehörigen Placierung des Art. 1664, der, weil er eine allgemeine, für alle Entwendungsarten geltende Rechtsnorm enthält, richtiger in Art. 1626 zit., jedenfalls aber nicht in einem Kapitel hätte Platz finden sollen, das nur eine jener vier genannten Entwendungsarten abhandelt. —

Ad 3 und 4. Wäre so die Wiederholung jener Vorschrift für die vom Raube und der betrügerischen Entwendung handelnden Bestimmungen des russischen Strafgesetzbuches (vgl. die Artt. 1627—1643 und 1665—1676) in der That überflüssig gewesen, so wäre die Hervorhebung dieser obligatorischen Abnahme bei den von der Unterschlagung handelnden Artt. 1681 und 1682 vom Standpunkte des Strafgesetzbuches geradezu unfruchtig und unzulässig gewesen, da die ostermähnte Bestimmung eben nur für die Entwendung gelten soll, das Strafgesetzbuch aber die Unterschlagung garnicht zu den Entwendungsverbrechen rechnet, sondern sie abgesondert von letztern behandelt. — Auch Art. 777 der Kriminalprozeßordnung widerspricht dem Art. 923 keineswegs. Die durch verbrecherische Thätigkeit erlangten Sachen sollen ihrem Herrn (хозяину) zurückgegeben werden, ohne daß es einer besondern Klage bedarf. — Im russischen Text steht „добытыя“ (scil. вещи). Dieser Ausdruck deutet darauf hin, daß hier wohl nur die Person des Verbrechers selbst gemeint sein kann, also die Person dessen, der die Sache direct durch seine eigene verbrecherische Thätigkeit an sich gebracht hat. Beim dritten redlichen Erwerber einer un-

terschlagenen Sache, der sie auf Grund der Regel „Hand muß Hand wahren“ des Art. 923 Th. III des Prov. R. besitz, trifft das aber nicht zu. Von ihm kann man unmöglich sagen, daß er die Sache durch eine verbrecherische Thätigkeit an sich gebracht hat, denn er hat sie eben bona fide auf Grund eines mit seinem Auktor abgeschlossenen Rechtsgeschäfts erworben, ohne von der Unterschlagung irgend eine Ahnung gehabt zu haben, ja, ohne überhaupt zu wissen, daß sein Kontrahent über die Sache nicht die Verfügungsberechtigung hatte. —

Da endlich auch Art. 375 der Kriminalprozeßordnung die Bestimmung über Abnahme der Sache nur für den Fall der Entwendung, nicht dagegen auch den der Unterschlagung ausspricht, so ist es wohl klar, daß eine eigentliche Kollision zwischen dem Strafgesetzbuch (Artt. 1626—1682) und den Th. III des Prov. R. (Artt. 923—926) im letzten Grunde garnicht vorliegt, sondern sich vielmehr als eine bloß scheinbare darstellt, die auf die angegebene Weise zu heben wäre. Auch das Strafgesetzbuch würde somit dem provinzialrechtlichen Grundsatz, daß der Eigenthümer die unterschlagene Sache vom dritten redlichen Erwerber nicht zurüchholen kann, letzterer also zur Herausgabe von Niemandem gezwungen werden darf, keineswegs widersprechen, sondern denselben eher bestätigen. Die Schwankung in der Praxis — wie sie sich in den beiden zitierten Urtheilen des Rigaschen Rathes zeigt — wäre vielleicht überhaupt nie entstanden, wenn man den kriminalrechtlichen Begriff der Entwendung (похищение) seinem Wesen nach sowie den innern Zusammenhang der Artt. 1626—1682 miteinander gehörig beachtet hätte. Alsdann wäre es klar geworden, daß ein Widerspruch zwischen Privat- und Strafrecht, also zwischen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ und den Bestimmungen über die Unterschlagung de facto nicht vorhanden ist, und es wäre dann auch ein Urtheil, wie das zweite der in dieser Abhandlung zitierten, unmöglich gewesen. —

Aber gesetzt auch den — wie wir nachgewiesen zu haben glauben — unmöglichen Fall, daß Art. 1664 doch gleichzeitig auf unterschlagene Sachen gehen sollte, so würde ihm dennoch die privatrechtliche Bestimmung des Art. 923 unter allen Umständen vorzuziehen sein, denn der bereits erwähnte, in diesem Fall zur Geltung kommende Grundsatz, daß ein neueres spezielles Gesetz — nämlich der Th. III des Prov. R. mit allen seinen in demselben enthaltenen Artikeln — dem ältern generellen Gesetz — nämlich dem Strafgesetzbuch — vorzugehen hat, dürfte geradezu dazu nöthigen, die unterschlagene Sache dem dritten redlichen Erwerber resp. Faustpfandgläubiger unangefochten weiter zu überlassen, mithin also letzteren nicht auf Grund des Art. 1664 des Strafgesetzbuches zur Herausgabe der Sache an den ersten Eigenthümer derselben — und sei es auch auf Requisition der Polizei — zu verpflichten, sondern ihn im Gegentheil nach Maßgabe der Regel: „Hand muß Hand wahren“ in Art. 923 Th. III des Prov. R. zur Verweigerung einer solchen Herausgabe zu berechtigen.

Denn solange die privatrechtliche Bestimmung des Art. 923 nicht aufgehoben ist — und eine solche Aufhebung kann Art. 1664 des Strafgesetzbuches nicht bewirken — solange hat man sie eben als in ungeschwächter Geltung befindlich anzusehen und da nun Art. 923 den gutgläubigen dritten Erwerber der unterschlagenen Sache in unserem Fall sogar gegen die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers schützt, so kann sich eben Niemand über dieses positive Gesetz hinwegsetzen. Ja, auch das Kriminalgericht kann und darf den Art. 923 gleich wie jede andere dem Privatrecht angehörige Rechtsnorm nicht ignorieren\*), denn bei Entscheidung des jeweilig ihm vorliegenden Falles hat es eben nicht nur die Kriminalgesetze, sondern ebenso sehr auch alle andern eventuell einschlägigen Gesetze zur Richtschnur zu nehmen und darf gegen diese ebensowenig verstoßen wie gegen jene, und noch weniger darf es die Polizei, die ohnehin nur vollziehendes oder doch nur administratives Organ ist. — Und sollten Organe der staatlichen Gewalt — wozu sie nicht befugt sein dürften — den dritten Erwerber dennoch zwingen, die unterschlagene Sache dem ursprünglichen Eigenthümer herauszugeben, so werden sie nicht nur ersterem zivilrechtlich zum Schadenersatz verpflichtet\*\*), sondern setzen sich außerdem wegen geffentlichlicher Ignorierung positiver Gesetzesvorschriften disziplinarer Beahndung aus. — Auch in rechtspolitischer Hinsicht ist es durchaus richtiger, den dritten gutgläubigen Erwerber der unterschlagenen Sache in seinem Besitz gegen Jedermann zu schützen, anstatt ihn zur Herausgabe derselben an den ersten Eigenthümer zu veranlassen und ihm dadurch einen mehr oder weniger empfindlichen Schaden zuzufügen. — Die allgemeine Verkehrssicherheit, der auf Treu und Glauben basierende Geschäftsverkehr, das Geschäftsvertrauen würden jedenfalls bei der von dem zweiten Urtheil vertretenen Auffassung herzlich schlecht daran sein und gerade zu der „Schädigung der Eigenthumsverhältnisse und der allgemeinen Sicherheit“ führen, die jenes Urtheil selbst als nicht wünschenswert hinstellt. Im Gegentheil, dem heutzutage auf Treu und Glauben fundierten Geschäftsverkehr entspricht einzig und allein jenes, die rücksichtslose Schrankenlosigkeit der römischen Eigenthumsklage eindämmende germanischrechtliche Prinzip, das vermöge der Regel: „Hand wahre Hand“ den redlichen Erwerb der Sache — wenigstens in gewisser Hinsicht — gegen Jedermann, auch den frühern Eigenthümer derselben in Schutz nimmt und ihm ein fortdauerndes Behalten der Sache garantiert. —

Und kann die Rechtsordnung eine gesunde, auf vernünftigen, sittlichen Prinzipien basierte genannt werden, die den, welcher nicht leichtsinnig, sondern

\*) So auch Erdmann, System, B. II, S. 194, Anm. 5. —

\*\*) Die Ordnung des Verfahrens richtet sich nach den bezüglich der Entschädigungsforderung gegen Verwaltungsbeamte geltenden Bestimmungen (vgl. Artt. 783—785 der Erlassprozeßordnung mit Artt. 1316—1330 der Zivilprozeßordnung oder ist die des gewöhnlichen Zivilprozeßverfahrens. —



mit gutem Grunde auf die Redlichkeit seines Kontrahenten baute und ihm sein Vertrauen schenkte, in seinem auf redliche Weise erworbenen Besitz nicht schützen, sonder ihn durch Verlust der Sache, mithin also dafür strafen wollte, daß er sich beim Geschäftsabschlusse von dem gewiß achtungswerthen Prinzip leiten ließ, bis zum Beweise des Gegentheils Jeden für einen redlichen Menschen zu halten. — Auf Leichtgläubigkeit, die stets einen Mangel an gehöriger Diligenz, also insoweit culpables Verhalten voraussetzt, darf die Rechtsordnung allerdings keine Prämie setzen, sondern muß im Gegentheil Jeden die Folgen seiner Nachlässigkeit tragen lassen. Allein sie darf nicht den in dieser Beziehung Schuldlosen leiden lassen. Unzweifelhaft wäre es ganz verkehrt und unbillig, demjenigen irgend eine Nachlässigkeit oder Leichtgläubigkeit vorzuwerfen und ihn zivilrechtlich dementsprechend ungünstig zu behandeln, der eine Sache oder ein Recht an derselben von Jemandem bona fide erwirbt, dessen äußeres Verhältniß zur Sache ein solches war und der bis zu dem Grade offen und ungehindert — eventuell schon längere Zeit hindurch — über die von ihm definierte Sache disponierte, daß ihn nicht nur der redliche Erwerber, sondern Jeder für den wahren Eigenthümer der Sache oder jedenfalls zur Vornahme jener Handlungen resp. des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts autorisiert halten durfte. Anders liegt die Sache beim ursprünglichen Eigenthümer. Wer seine Sache einem Andern, wenn auch nur zur Detention überläßt, der zeigt damit schon ein sehr großes Maß von Vertrauen und für letzteres muß er genügenden Grund haben. An ihn muß man daher einen strengern Maßstab in der seinerseits bei der Auswahl des Vertrauensmannes zu beobachtenden Sorgfalt legen und daher mit vollem Recht ihm allein die Folgen aufbürden, welche eintreten, wenn er sein Vertrauen einer Persönlichkeit schenkte, die dessen nicht werth war. Veräußert also letzterer die Sache, so kann sich der frühere Eigenthümer nicht beklagen, wenn er auf Grund der Regel: „Hand muß Hand wahren“ sein Eigenthum an der Sache verliert, denn warum hat er sich nicht besser vorgeesehen und seine Sache Jemandem anvertraut, von dessen Redlichkeit er sich nicht genügend überzeugt hatte? —

Braucht sich also der dritte redliche Erwerber der unterschlagenen Sache auf Grund des Art. 923 Th. III des Prov. Rs die Wegnahme der Sache — von wem es auch immer sei — nicht gefallen zu lassen, sondern kann er ihre Herausgabe unter allen Umständen verweigern, so darf er letzteres auch dann, wenn ihn das Gericht anweist, die ihm abzunehmende Sache nachher d. h. nach der Entscheidung und nach Inkrafttreten des Strafurtheils vom ursprünglichen Eigenthümer, dem sie zurückgegeben worden, mit der vindikation zurückzuverlangen. Denn darüber kann unter Umständen sehr viel Zeit vergehen, eine Kriminalsache kann sich, bis das Urtheil rechtskräftig wird, manchemal jahrelang hinziehen, ein abgefemter Verbrecher wird häufig alle Instanzen durchlaufen und alle Hebel in Bewegung setzen, um wenigstens Zeit zu gewinnen,

und für diese ganze Zeit soll der neue Erwerber, der auf Grund des Art. 923 ein gutes Recht hatte, die Sache unangefochten zu behalten, letztere entbehren und dadurch eventuell einen recht empfindlichen Vermögensschaden erleiden? Und wer wird ihm diesen ersetzen? Die Antwort wird lauten: das Richterkollegium oder der Einzelrichter, also Bezirksgericht und Friedensrichter. Allein an diesen Regreß zu nehmen und von diesen den Ersatz des Schadens wirklich zu erlangen, ist eine schwierige, langwierige, oft fruchtlose und darum undankbare Sache, zu der man sich in der Regel nicht entschließen wird. Aber der disziplinare Weg bleibt und dieser müßte dem Publikum so zugänglich wie nur möglich gemacht werden, um der Verletzung bestehender Gesetze thunlichst schnelle und wirksame Abhilfe zu schaffen und eine solche für die Zukunft unmöglich zu machen! Wie dem aber auch sei, das muß immer wieder betont werden, daß auch die Gerichte und Polizeibehörden nicht berechtigt sind, die unterschlagene Sache, wenn sie aus den Akten ersehen, daß die Voraussetzungen der privatrechtlichen Regel: „Hand wahre Hand“ gegeben sind, dem redlichen dritten Erwerber abzunehmen, sondern im Gegentheil verpflichtet sein müssen, sofort eine dahingehende Verfügung zu treffen, daß die Sache auf Grund des Art. 923 Th. III des Prov. Rs. ein für allemal im Eigenthum — resp. beim Faustpfande im zeitweiligen Besitze — des Erwerbers zu verbleiben habe oder von der Polizei letzterem sofort zurückzugeben sei. —

Andererseits wäre es doch auch nur eine Farce, dem neuen Erwerber die Sache zu entziehen und ihm zugleich die gegründete Aussicht zu eröffnen, sich die dem frühern Eigenthümer zurückgegebene Sache von letzterem mittelst der Vindikation wiederzuerwerben. Wozu soll dieses doppelte Zurückgeben der Sache dienen? Es wäre doch anstatt dessen viel einfacher, die unterschlagene Sache sofort bei ihrem neuen redlichen Erwerber zu belassen. — Die Vorweisung der unterschlagenen Sache bei Gericht kann nun allerdings als corpus delicti zum Beweise des Verbrechens nöthig sein. Allein auch in diesem Fall dürfte das Gericht befugt sein, die Herausgabe der Sache — und sei es auch nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Kriminalsache — anzuordnen, falls die Voraussetzungen der privatrechtlichen Regel: „Hand muß Hand wahren“ (Art. 923 ff. Th. III des Prov. Rs.) nachweislich und nachgewiesenermaßen vorliegen. Denn Artt. 777, 375 und 376 zitt., wiewohl sie eine solche Bestimmung in der That enthalten, gehen — wie wir nachgewiesen zu haben glauben — zuverlässig nicht auf den an dieser Stelle allein interessirenden Fall der Unterschlagung, sondern wohl nur auf die Entwendung (Raub, Diebstahl, betrügerische Entwendung). — Und liegt in der That ein unabweisliches Bedürfnis vor, die Sache zur Akte zu nehmen, so ist es deshalb noch nicht nöthig, das privatrechtlich wohlbegründete Recht Jemandes der Rücksicht auf das publizistische Interesse des in casu concreto gegebenen Straffalles zum Opfer zu bringen, denn es läßt sich sehr gut denken und ist auch leicht

auszuführen, daß ein richterlicher Augenschein über die Sache an Ort und Stelle vorgenommen wird, ohne daß es also nöthig ist, die Sache dem neuen Erwerber fortzunehmen. —

Es entsteht nun aber bei dieser Gelegenheit eine andere, gleichfalls in das Grenzgebiet zwischen Straf- und Zivilrecht fallende Frage. War denn nämlich die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers gegen den neuen Erwerber auf Herausgabe der Sache, die ja, wie wir gesehen haben, bei den Modifikationen unserer Regel (Artt. 924, 926 und 1473 Th. III des Prov. Rs.) wenigstens bis zu einem gewissen Grade wirksam angestellt werden kann, ferner dieselbe Klage, falls die Voraussetzungen der Regel: „Hand muß Hand wahren“ nicht vorliegen, weil z. B. der dritte Erwerber mala fide war, oder endlich die dem geschädigten ersten Eigenthümer bei Anwendbarkeit der Regel auf Grund der obligatio ex delicto gegen seinen frühern Vertrauensmann nach Maßgabe der Artt. 3441—3460 und 4563—4565 Th. III des Prov. Rs. zustehende Schadenersatzklage, werden alle diese Klagen, fragen wir, überhaupt zur Anwendung gelangen können d. h. wird der ehemalige Eigenthümer überhaupt die Gelegenheit dazu finden und wird endlich der dritte Erwerber überhaupt in die Lage kommen können, die Einrede der Regel: „Hand muß Hand wahren“ vorzuschützen, falls — was ja regelmäßig der Fall sein dürfte — der Thatbestand eines kriminalrechtlich zu verfolgenden Verbrechens, also der Unterschlagung, des Diebstahls, Raubes 2c. vorliegt, wenn das Kriminalgericht auf Grund der bestehenden Kriminalgesetze den für die interessirten Personen erwünschten Erfolg zu herbeizuführen schon ex officio verpflichtet ist? Daß die Frage keine müßige ist, liegt auf der Hand und soll gleich gezeigt werden. — Art. 8 des Zivilprozeßgesetzes (B. XVI des Sводов der Reichsgesetze) bestimmt nämlich, daß wenn während der Verhandlung einer Zivilsache aus den Thatumständen derselben eine gesetzwidrige Handlung zu Tage tritt, welche eine strafrechtliche Verfolgung erheischt, die ganze Sache sofort durch den Prokureur dem Kriminalgericht übergeben, die Verhandlung der Zivilsache aber, falls deren Entscheidung von der Untersuchung resp. dem Ausgange der Strafsache abhängig ist, auf solange beanstandet wird\*). Eine derartige Abhängigkeit der Zivilsache von der Untersuchung resp. Entscheidung der Kriminalsache liegt aber gerade in dem Fall der Regel: „Hand muß Hand wahren“ vor. Denn nur, wenn es sich herausstellt, daß der Auktor des dritten Erwerbers eine Unterschlagung begangen hat und letzterer von derselben nichts wußte, also jedenfalls keine Mitschuld hat, ist die Eigenthumsklage des ersten Eigenthümers gegen ihn undurchführbar, während sie entgegengesetztenfalls zu vollem Erfolge führen muß. — Darauf ist zu erwidern, daß in allen diesen

\*) Vgl. Энгельманъ: „Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства“ 1899) С. 38. —

Fällen doch immer die bereits erfolgte Anstellung der Eigenthums-  
klage des ersten Eigenthümers der Sache die nothwendige Voraussetzung  
bildet, sei es nun daß letztere dem dritten Erwerber oder seinem Auktor gegen-  
über erhoben wurde. Denn setzen wir den Fall, daß die Untersuchung resp.  
Entscheidung der Kriminalsache in der That die Merkmale der Unterschla-  
gung zu Tage gefördert hat, so bleibt es dem Geschädigten doch immer un-  
verwehrt, sich nach rechtskräftiger Entscheidung der Kriminalsache durch das  
zuständige Kriminalgericht mit der Eigenthumsklage an seinen Vertrauensmann zu  
halten oder auch gegen den neuen Erwerber zu klagen, ob mit Erfolg, ist freilich  
eine andere Frage. Und ebenso wird doch im letzterem Fall der redliche dritte  
Erwerber, wenn der erste Eigenthümer nach rechtskräftiger Entscheidung der  
Sache durch das Kriminalgericht nunmehr wieder den zivilprozessualen Weg  
betritt und gegen ihn die Eigenthumsklage auf Herausgabe der Sache  
anstellt, in die Lage kommen müssen, durch Berufung auf Art. 923 Th. III  
des Prov. R. diesen Angriff von sich abzuwehren. —

Wenn aber das Kriminalgericht, dem die Sache in Veranlassung  
einer vom ersten Eigenthümer der Sache gegen die eine oder andere der beiden  
im Vorhergehenden genannten Personen angestregten Eigenthumsklage über-  
geben wurde, nicht den Thatbestand der Unterschlagung, sondern den des Rau-  
bes, Diebstahls oder der betrügerischen Entwendung gegeben findet  
und nunmehr auf Grund des Art. 1664 des Strafkodex und der Artt. 375  
und 777 der Kriminalprozeßordnung sofortige Rückgabe der Sache an den Ge-  
schädigten verfügt — was auch ohne diesbezügliche Beantragung abseiten des  
Geschädigten von Gerichtswegen, also ex officio geschehen muß\*), so ist zwar  
der nach Entscheidung der Sache anzustellenden Eigenthumsklage des ersten  
Eigenthümers der Boden unter den Füßen entzogen, denn er hat ja das, was  
er mit der vindikation hauptsächlich bezweckte, nämlich sein Eigenthum an der  
Sache zurück erhalten. Allein da die zuerst angestellte Eigenthums-  
klage doch die mittelbare Ursache, der mittelbare Weg war, auf wel-  
chem der Eigenthümer schließlich doch zu seinem Eigenthum gelangte, so war  
die Anstellung derselben eben nicht nutzlos und jeglicher praktischen Bedeutung.  
Ebenso kann es aber auch sein, daß das Kriminalverfahren gegen den  
Schuldigen aus irgend einem Grunde niedergeschlagen oder ausgesetzt wird oder  
daß ein Strafausschließungsgrund vorliegt oder eintritt so z. B. wenn der  
Verbrecher stirbt oder geisteskrank wird oder sich in jugendlichem Alter befindet.  
In solchen Fällen wird dann der in Schwebе begriffene Rechtsstreit zivilprozessualer  
Natur wiederum weiter fortgesetzt und nunmehr werden die Eigenthums-  
klage des ersten Eigenthümers und die ihm entgegenzusetzende Einrede der

\*) Vgl. den zit. Aufsatz von „Ф. Г-ръ“ in Note 72 des Юрид. газ., Jahr-  
gang 1905, Seite 2.

Regel: „Hand muß Hand wahren“ auf Seiten des beklagten dritten Erwerbers gerade die wichtigsten Angriff- und Vertheidigungsmittel der streitenden Theile bilden. — Endlich ist es aber auch nicht immer nothwendig, daß es bei einem zivilen Rechtsstreite, dem die Artt. 923 ff. Th. III des Prov. Rs zu Grunde liegen, nothwendig und unter allen Umständen zur Uebergabe der Sache an das Kriminalgericht kommen muß. Denn man kann sich sehr wohl vorstellen, daß z. B. das Zivilgericht sich einer Unterlassung schuldigmacht und die Uebergabe an das Kriminalgericht verabsäumt oder der, welcher die Unterschlagung beging, schon vor Einleitung des zivilprozessualen Verfahrens gestorben oder außer Landes geflohen ist, oder endlich daß das Zivilgericht den Thatbestand des Verbrechens der Unterschlagung nicht gegeben findet z. B. wenn der Vertrauensmann des ersten Eigenthümers die Sache gar nicht in gewinnstüchtiger Absicht und um sich Geldmittel zu verschaffen veräußert oder verpfändet hatte. Letzteres wäre namentlich der Fall, wenn der Veräußerer das gelöste Geld dem Eigenthümer selbst einhändigt und erklärt, er habe nur veräußert, um ihm, dem Eigenthümer, etwas Unangenehmes zuzufügen oder wenn er irrtümlich eine ihm vom Eigenthümer gewordene Ermächtigung zur Veräußerung resp. Verpfändung der Sache voraussetzte oder endlich, wenn er letztere irrtümlich für die seine hielt. (Über ein anderes Beispiel siehe unsere früheren Ausführungen, S. 268 f.). — Jetzt wird von einer Uebergabe der Sache an das Kriminalgericht nicht die Rede sein können, da ein Verbrechen gar nicht vorliegt, wogegen der Anwendbarkeit der Regel: „Hand muß Hand wahren“ — wie wir schon gegen Anfang dieser Abhandlung gezeigt zu haben glauben — nichts Wesentliches entgegenstehen dürfte \*). — Wenn aber in den angegebenen Fällen, nämlich denen des Raubes und Diebstahls von vorneherein nur ein Kriminalverfahren stattgefunden hat, wenn es also zu einem Zivilverfahren überhaupt noch gar nicht gekommen ist, das Kriminalgericht resp. schon der Untersuchungsrichter die Rückgabe der Sache wem gehörig verfügt hat und solche bewerkstelligt worden ist, so ist der hierauf zu richtenden Vindikation des Bestohlenen oder Verraubten allerdings der Boden entzogen, nicht aber soweit damit reiner Schadensersatz beansprucht wird. —

Abgesehen nun von diesen und ähnlichen Fällen verhält es sich mit der Schadensersatzklage im Falle des Art. 923 und seiner Modifikationen in den folgenden Artikeln nachstehend: ist nämlich die Uebergabe der Sache an das Kriminalgericht erfolgt, so erlegt letzteres dem Schuld-

\*) Denn auch der beim Auktor des redlichen dritten Erwerbers vorliegende entschuldbare Irrthum macht das der Tradition zugrundeliegende Rechtsgeschäft nur in dem Falle unwirksam, wenn sich einer der beiden Theile ausdrücklich darauf beruft (vgl. auch Artt. 2976 Th. III des Prov. Rs). —

gen zusammen mit der Strafe auch den Ersatz des von ihm verursachten Schadens auf und zwar hat es sich hierbei laut Art. 779 der Strafprozeßordnung nach den geltenden Zivilgesetzen, also in den Ostseeprovinzen nach dem Th. III des Prov. R. zu richten d. h. mit andern Worten: das Kriminalgericht übernimmt hier gewissermaßen die Funktionen des Zivilgerichts, indem es geradezu eine dem Zivilrecht angehörige Frage entscheidet. Folglich werden beide Partheien der ihnen in dieser Beziehung zur Seite stehenden Zivilklagen und Einreden umso weniger entrathen können; letztere sind also weit entfernt davon, unnütz zu sein, wenngleich für ein späteres Zivilverfahren auch jetzt kein Raum mehr bleibt, es sei denn, daß nicht der volle Schadensbetrag zugeurtheilt worden ist. Alsdann wird der Rest nachher auf dem Wege des gewöhnlichen Zivilprozeßverfahrens gefordert werden können. — Soweit mithin hinsichtlich der Regel: „Hand muß Hand wahren“ d. h. bei der Unterschlagung oder beim Wegfall der Regel im Falle des Diebstahls und Raubes eine der beiden dabei interessierten Personen den vollen Schadenersatzbetrag zugeurtheilt erhalten haben, haben sie eben das, was sie brauchten, bekommen, von einer weiteren für ein späteres Zivilverfahren aufzuwendenden Schadenersatzklage kann also fernerhin nicht mehr die Rede sein, ohne daß man deshalb sagen darf: die vom Zivilrecht diesbezüglich gegebenen Klagen sind dem Klagberechtigten von keinem Nutzen, da er zu ihrer Geltendmachung keine Gelegenheit hat. Mit andern Worten: zusammen mit der Kriminalsache verhandelt das Kriminalgericht auch die dem Zivilrecht angehörige Sache über den Ersatz des durch das Verbrechen dem Verletzten zugefügten Vermögensschadens, ein Grundsatz, der auch in Art. 5 der Zivilprozeßordnung ausgesprochen wird, d. h. es kann dieses thun. Ebenso kann es aber demselben Art. zufolge die Verhandlung und Entscheidung darüber dem Zivilgericht überlassen, das hierzu nach rechtskräftig gewordenem Kriminalurtheil schreitet (Art. 6 der Zivilprozeßordnung). Wenn aber der Angeschuldigte geisteskrank geworden ist\*), ein Strafausschließungsgrund von vorneherein vorliegt oder nachher eintritt oder endlich wenn der Angeschuldigte während der Verhandlung oder vorher verstirbt, so wird das Zivilverfahren wieder fortgesetzt, und dann kann man wieder nicht sagen, der dritte Erwerber der Sache kommt nicht mehr in die Lage, sich der auf Art. 923 gestützten Einrede zu bedienen, sowenig, wie daß der frühere Eigenthümer nicht mehr die Gelegenheit dazu hat, seine eventuelle Eigenthums- resp. Ersatzklage gegen seinen Vertrauensmann resp. den neuen Erwerber anzustrengen. — Was aber von den Bestimmungen unseres Strafrechtsbuchs über Diebstahl und Raub und ihr Verhältniß zur privatrechtlichen Regel: „Hand muß Hand wahren“ gesagt ist, muß in demselben Maße auch von dem Verbrechen des Betruges

\*) Vgl. Art. 6 der Zivilprozeßordnung.

(мошенничество) Artt. 1665—1676 des Strafgesetzbuches) gelten, wo die Vindikation des dem Eigenthümer betrügerisch entwandten Gutes ebenso wie im Falle des Diebstahles und Raubes zulässig ist. —

Und nun noch zum Schluß eine Detailfrage. —

Nach Artt. 59 und 1664 des Straffkodes ist nämlich derjenige, der im Falle einer von ihm begangenen Entwendung nicht die ausreichenden Mittel dazu hat, den Verletzten, also in in unserem Fall den ersten Eigenthümer, für den ihm durch die Entwendung der Sache zugefügten Verlust zu entschädigen, anzuhalten, — falls er zur Zwangsarbeit in Korrektions-Arrestantenabtheilungen oder zur Gefängnißhaft verurtheilt worden ist — den Schadenersatz aus dem ihm zukommenden Arbeitslohne zu leisten. Um den so geleisteten Ersatzbetrag ist demzufolge auch die im Falle der Regel: „Hand muß Hand wahren“ oder ihrer Modifikationen dem im Rechtsstreit mit dem dritten Erwerber unterlegenen Vindikanten gegen dessen Vertrauensmann zustehende Schadenersatzforderung zu kürzen und dasselbe gilt auch dann, wenn es sich — selbst bei Wegfall jener Regel — um die dem dritten Erwerber gegen seinen Auktor zustehende Ersatzklage handelt.

---

## Abhandlung III.

**Bemerkungen zu Robert Schölers Aufsatz: „Über das livländische Bauerprivatrecht“** (in Heft 6 u. 7 der baltischen Monatschr., J. 1902\*).

Eine Arbeit über das livländische Bauerprivatrecht muß ohne Zweifel von jedem wahren Freunde baltischer Rechtswissenschaft mit Freuden begrüßt werden, denn bei der Spärlichkeit der für dasselbe fließenden Quellen, bei der Dürftigkeit der in der livländischen Bauerverordnung vom J. 1860 niedergelegten privatrechtlichen Normen sowie nicht zum Geringsten angesichts des doppelten Umstandes, daß einmal das livländische Bauerprivatrecht zu einer Zeit kodifiziert wurde, wo das allgemeine für Livland geltende Privatrecht noch in verschiedenen Quellen zerstreut vorlag und nur Riga ein schriftlich aufgezeichnetes Stadtrecht besaß, und sodann die Kodifikation des allgemeinen livesth- und kurländischen Privatrechts erst im Jahre 1864 Gesetzeskraft erlangte, unter Verweisung auf das von ihr ohne Veränderung belassene livländische Bauerprivatrecht, mußte das Bedürfnis für eine Interpretation der so überaus fragmentarischen Bestimmungen des letztern sowie deren Ergänzung durch die privatrechtlichen Normen des Th. III des Prov. Rs ein um so fühlbareres sein, und auch heute noch sind die Akten über die Frage nach dem Verhältniß des livländischen Bauerprivatrechts zum Th. III des Prov. Rs nichts weniger als abgeschlossen.

Diesem Mangel sucht R. Schöler in seinem in der Juni- und Juli-nummer der baltischen Monatschrift, Jahrg. 1902, abgedruckten Aufsatz: „Über das livländische Bauerprivatrecht“ abzuhelpen. Inwiefern das thatsächlich erreicht wird, das zu zeigen soll der Zweck der folgenden Zeilen sein, die zu-

---

\*) Diese Abhandlung war von mir schon vor mehreren Jahren zur Veröffentlichung bestimmt. Aus von mir unabhängigen Gründen mußte dieselbe bis jetzt unterbleiben.



gleich eine kurze sachliche Kritik der Arbeit des mir persönlich unbekannten Autors geben sollen.

In dieser Beziehung muß ich nun zunächst gestehen, daß ich die Schüler'sche Arbeit mit hochgepannten Erwartungen in die Hand nahm. Ich glaubte ein ordentliches System des livl. Bauerprivatrechts zu finden und wenn auch nicht das, so doch die Anlage, den Plan zu einem solchen. Das Mindeste aber, was ich und Jeder andere erwarten konnten, war dieses, daß der Verfasser sämtliche in der Theorie wie in der Praxis bestrittenen Punkte des livländischen Bauerprivatrechts oder doch wenigstens die wichtigsten derselben sowie die darüber bestehenden Kontroversen, wenn auch nicht einer ausführlichen doktrinenellen Erläuterung, so doch wenigstens einer kurzen Besprechung resp. Entscheidung unterziehen werde. Ziemlich groß war daher mein Erstaunen, als ich beim Durchlesen des Schüler'schen Aufsatzes namhafte Punkte gar nicht berücksichtigt, verschiedene andere wichtige Fragen dagegen nur so obenhin gestreift fand. Andererseits aber sind die Auslassungen des geehrten Herrn Verfassers sowohl in letzterem Falle als auch mitunter da, wo er ausführlicher wird, nicht nur nicht einwandfrei, sondern im Gegentheil zuweilen geeignet, schwere Bedenken hervorzurufen.

Wir heben hier natürlich nur die wichtigsten Punkte heraus, da Zeit und Raum dem Verfasser dieser Zeilen das Eingehen in die Detail's zur Unmöglichkeit machen.

Auf S. 387—392 (der Juni-Nummer) will der Verfasser — wie es scheint — dem Leser eine Art Geschichte des livländischen Bauerprivatrechts geben. Lag eine solche wirklich in der Absicht des Verfassers, so hat er seinen Zweck nur sehr unvollkommen erreicht. Uns wenigstens scheint das, was der Verfasser thatsächlich gegeben hat, mehr eine durchaus oberflächliche Geschichte der Quellen der livländischen Bauerverordnung vom Jahre 1860 als eine Geschichte des livländischen Bauerprivatrechts, das ja nur einen Theil der erstern bildet, zu sein. Eine Geschichte des livländischen Bauerprivatrechts muß in großen Zügen den Lauf der historischen Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute, angefangen von den ältesten Zeiten an, wiedergeben, sie muß zeigen wie und warum und unter dem Einflusse welcher politischen, sozialen und kulturellen Faktoren sich die einzelnen Privatrechtsinstitute ausgebildet, warum sie sich so und nicht anders entwickelt haben. Von dem allen finden wir aber auf S. 387—392 so gut wie nichts. Schüler's Ausführungen in dieser Beziehung sind daher werthlos, schon weil sie so überaus dürftig und fragmentarisch sind. Neues enthalten sie nicht.

Übergehend sodann zum geltenden livländischen Bauerprivatrecht, muß es zu allererst auffallen, daß sich der Verfasser an die von der B. V. v. J. 1860 befolgte Ordnung, nicht aber an die in der heutigen Zivilrechtswissenschaft anerkannte und allgemein übliche hält. Welches die für den geehrten Herrn Verfasser hierbei maßgebenden Beweggründe gewesen sein mögen, können wir freilich nicht

beurtheilen, allein soviel wird man wohl ohne Widerspruch befürchten zu müssen behaupten dürfen, nämlich daß sich zwingende Gründe für die vom Verfasser gewählte Ordnung weder theoretisch noch praktisch anführen lassen. An Klarheit und Übersichtlichkeit gewinnen die Schüler'schen Ausführungen dadurch wenigstens nichts. —

Meiner Meinung nach muß, wer immer Zusammenfassendes über das libländische Bauerprivatrecht schreiben will, doch zunächst die Frage nach dem Geltungsgebiet desselben entscheiden d. h. die Frage, für wen das libländische Bauerprivatrecht Geltung haben soll, wer, oder genauer ausgedrückt: welche Gruppe von Personen der Geltung des libländischen Bauerprivatrechts unterworfen ist? Schüler fertigt die Frage in ein Paar Zeilen ab. Nach ihm sind dem libländischen Bauerprivatrecht alle diejenigen Bauergemeindeglieder unterworfen, die ihrem persönlichen Stande nach Bauern sind und auf dem Lande leben (vgl. Juni-Nummer S. 392 u. 393). Nach Schüler unterliegen also die in den Städten wohnhaften Bauern in den unter ihnen in Frage kommenden Privatrechtsverhältnissen nicht dem Bauerrecht, sondern den Normen des libländischen Stadtrecht beziehungsweise überhaupt dem Th. III des Provinzialrechts. Wäre diese Ansicht richtig, so würden daraus praktisch genommen die weitgehendsten Konsequenzen entstehen. So würde beispielsweise, falls es sich um einen zwischen libländischen Bauern, die ihr Domizil in einer der libländischen Städte haben, abgeschlossenen Kaufvertrag handelt, die Gewährleistungsklage wegen Unbrauchbarkeit oder Fehlerhaftigkeit der verkauften Sache nicht auf Grund des § 978 der libl. B. B. einer 14 tägigen, sondern in allgemeiner Grundlage der in Artt. 3271 und 3272 Th. II des Prov. R. enthaltenen Vorschriften, jenachdem es sich um die Wandelungs- oder die Minderungsklage handelt, entweder einer sechsmonatlichen oder einer einjährigen Verjährungsfrist unterliegen. Ferner: sollen die in den libländischen Städten wohnhaften Bauern nicht dem libländischen Bauerrecht, sondern dem Stadtrecht unterworfen sein, so findet zwischen den bauerlichen Ehegatten die in den Artt. 79—95 Th. III des Prov. R. normierte Gütergemeinschaft des libländischen Stadtrechts statt und nicht die vielfach anders geregelte eheliche Gütergemeinschaft des Bauerrechts (vgl. § 954 der libl. B. B.). — Laut Art. 2095 Th. III des Prov. R. ist nach libländischem Stadtrecht die Errichtung privater Testamente ganz unzulässig. Unterliegen also die in den libländischen Städten wohnenden Bauern dem Stadtrecht und nicht dem Bauerrecht, so können sie ihren letzten Willen nach Art. 2095 nur in einem öffentlichen (d. h. notariellen) Testamente ausdrücken, wogegen ihnen die Errichtung eines Privattestaments oder eines Testaments gemäß § 1013 der libl. B. B., also nach Bauerrecht in

diesem Fall verschlossen sein dürfte. Unterliegen sie aber dem Bauerrecht, so können sie nach ihrer Wahl entweder sich der in § 1013 vorgesehenen formlosen Errichtungsform des Bauerrechts bedienen oder ein notarielles Testament errichten.

Steht es endlich fest, daß die in den livländischen Städten wohnhaften Bauern nicht dem Bauerrecht unterliegen, so wird man ihnen die Fähigkeit, sich durch Ausstellung von Wechseln zu verpflichten, auf allgemeiner Grundlage des Wechselrechts in den in Art. 6 P. 2 der alten Wechselordnung (vom J. 1845) und in Art. 2 P. 2 der neuen Wechselordnung vom 27. Mai 1902 angegebenen Fällen nicht absprechen können, falls sie einen Handelschein gelöst haben oder ein Immobil besitzen. Läßt man dagegen das livländische Bauerprivatrecht ohne Unterschied sowohl für die auf dem Lande als auch in den livländischen Städten wohnenden Bauern gelten, so wird in Gemäßheit des § 250 der livl. B. D. ihre Wechselfähigkeit in jedem Fall geleugnet werden müssen, einerlei, ob sie auf dem Lande oder in einer der livländischen Städte wohnen und ob die Voraussetzungen der Artt. 6 und 2 zitt. vorliegen oder nicht, denn der genannte § 250 unterscheidet gar nicht zwischen den livländischen Bauern, die auf dem Lande und denen, die in einer livländischen Stadt wohnen, und andererseits ist § 250 zitt. der B. B., der eine Ausnahmebestimmung involviert, als durch die neue Wechselordnung vom 27. Mai 1902 Art. 2 P. 2 nicht aufgehoben zu betrachten.\*)

\*) Nicht unbeachtet darf übrigens bleiben, daß die Praxis der ehemaligen Rigaschen Stadtgerichte nach dieser Richtung hin schwankend gewesen ist. Ein Urteil des Rigaschen Rathes vom 15. Juni 1883 (vgl. B. VII der Zwingmann'schen Sammlung N. 1470, S. 530 f.) erklärt sowohl den Art. 6 P. 2 der alten B. D. wie auch den § 250 der livl. B. B. auf die in den livländischen Städten wohnenden Bauern für unanwendbar, weil diese dem livländischen Stadtrecht unterworfen seien, das livländische Stadtrecht aber überhaupt keine Beschränkung der Stadtbewohner, als welche die in den livl. Städten wohnhaften Bauern aufzufassen wären, hinsichtlich ihrer Wechselfähigkeit kennt. In striktem Gegensatz hierzu erkennt ein Landvogteigerichtliches Erkenntniß vom 13. August 1877 (vgl. Zwingmann'sche Sammlung, B. V, v. J. 1888, N. 922, S. 434) ausdrücklich an, daß zum bauerlichen Stande alle zu einer Bauergemeinde verzeichneten Personen, unabhängig von ihrem Domizil gehörten, zieht aber gleichwohl zur Beurtheilung der Frage nach der Wechselfähigkeit livländischer Bauern den Art. 6 P. 2 der alten Wechselordnung an, und die Entscheidung des Rigaschen Rathes vom 19. August 1877 sub Nr. 5667 (Cfr. Zwingmann'sche Sammlung, ibid. S. 432 f.) stimmt im Großen und Ganzen damit überein. Zwingmann selbst stellt sich aber in Widerspruch zu dieser Entscheidung. Nach seiner — der unsrigen entgegengesetzten — Ansicht sollen die in den livländischen Städten wohnenden Bauern dem livländischen Stadtrecht unterliegen, weil sie als Stadtbewohner und nicht als Bauern zu gelten hätten und als solche nur den Normen des livländischen Stadtrechts unterworfen seien. Folglich könne auch die in der B. D. statuierte Beschränkung der Wechselfähigkeit der Bauern auf die in den livländischen Städten wohnenden Bauern keine Anwendung

Sehen wir uns nun nach den Beweisgründen um, mit denen Schüler seine Ansicht zu stützen sucht. In dieser Hinsicht finden wir nun auf S. 392—393 (der Juninummer 1902) eine Berufung auf § 938 der libl. B. B. vom J. 1860, Art. XII der Beil. zu Th. III. des Prov. R. S. §§ 7 und 8 der Regeln über den lathischen Gemeinderichtsprozeß (vgl. die Justiznovelle vom 9. Juli 1889) und auf eine Stelle aus Erdmann's System des lib- esth- und kurländischen Privatrechts (B. I. S. 24). Allein keine einzige der von Schüler angezogenen Gesetzesstellen besagt das, was letzterer in seinem zit. Aufsatz behauptet. Der § 938 besagt in seiner deutschen Fassung:

„Nachfolgende Bestimmungen enthalten die Grundsätze, nach welchen die Privatverhältnisse der libländischen Bauern beiderlei Geschlechts beurtheilt werden sollen. Fälle, deren diese Bestimmungen nicht erwähnen, finden ihre Vorschrift in dem Herkommen, den Landes- und allgemeinen Reichsgesetzen.“

Der russische Text desselben § lautet:

„Нижеслѣдующія постановленія содержатъ въ себя правила, опредѣляющія частныя взаимныя отношенія Лифляндскихъ крестьянъ обоого пола. Въ случаяхъ, о которыхъ въ семъ положеніи не упомянуто, слѣдуетъ руководствоваться прежними узаконившимися обычаями, мѣстными и общими государственными узаконеніями.“

Davon daß sich die das libländische Bauerprivatrecht enthaltenden §§ 939—1028 nur auf die auf dem Lande lebenden Personen bäuerlichen Standes beziehen sollen, findet sich in dem angezogenen § 938 keine Spur, ja im Gegentheil, aus der ganz allgemeinen Fassung dieses § folgt weit eher, daß auch die in den libländischen Städten wohnhaften Bauern, soweit sie nicht zum städtischen Ollad angeschrieben sind oder Gilbenschene gelöst haben, den Privatrechtsnormen der libländischen Bauerverordnung vom J. 1860 in eben demselben Maße wie die auf dem Lande lebenden unterworfen sind, denn: „ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere“.

finden. Dabei wird aber übersehen, daß die der alten und jetzigen W. D. eigenthümliche Beschränkung der Wechselfähigkeit aller derjenigen Bauern, die kein Immobil besitzen oder keinen Handelschein gelöst haben, ein privilegium personae ist d. h. der Person als solcher anhaftet, der Bauer aber, auch wenn er in einer (libländischen) Stadt wohnt, seinen Stand und die damit verknüpften Vor- und Nachtheile damit noch keineswegs abstreift. Bleibt er aber Bauer, so muß auf ihn — auch zugegeben, daß er in sonstiger Beziehung dem Stadtrecht unterliegt — der § 250 der libl. B. B. jedenfalls Anwendung finden, auch wenn er ein Immobil besitzen oder einen Handelschein gelöst haben sollte.

Schöler beruft sich weiterhin auf Art. XII der Einl. zu Th. III des Prob. Rk. A priori wäre es nicht unmöglich anzunehmen, daß § 938 zit. der libländischen Bauerverordnung vom J. 1860 durch die im J. 1864 Allerhöchst bestätigte Modifikation des ostseeprovinziellen Privatrechts eine Abänderung etwa im Sinne der Schöler'schen Ansicht erfahren habe. — Allein das ist nicht der Fall. Art. XII. zit., der sich, beiläufig bemerkt auf das Privatrecht aller drei Bauerverordnungen, nicht der libländischen allein, bezieht und von der Justiznovelle vom 9. Juli 1889, trotzdem daß letztere den Prozeß vor den bauerlichen Gerichten von Grund auf umgestaltet hat, unverändert belassen worden ist, setzt nicht nur nicht den § 938 zit. außer Kraft, sondern führt ihn im Gegentheil ausdrücklich unter seinen Quellenzitaten an. So kann man von vorneherein nicht erwarten, daß Art. XII zit. als geeignete Stütze für die Schöler'sche Ansicht in Frage zu kommen vermöchte und diese Voraussetzung wird durch den Wortlaut des Art. XII zur Gewißheit erhoben: Es besagt nämlich Art. XII Folgendes:

„Die privatrechtlichen Verhältnisse der Bauern und der übrigen unter der Jurisdiktion der Bauergerichte stehenden Personen sind nach den bezüglichen Bauerverordnungen und zur Aushilfe nach den entsprechenden Landrechten zu beurtheilen; denselben Quellen unterliegen auch die Bauerlandstellen.“

Auch in diesem Artikel findet man nirgends einen Hinweis auf die Unterscheidung zwischen den auf dem Lande und in der Stadt wohnenden Personen bauerlichen Standes, vielmehr ist gerade im Gegentheil aus dem Umstande, daß nach dem Wortlaute des Gesetzes das Bauerprivatrecht für alle der bauergerichtlichen Jurisdiktion unterstehenden Personen maßgebend sein sollte, zu schließen, daß auch die in den libländischen Städten wohnhaften Personen bauerlichen Standes deßhalb allein von der Jurisdiktion der bauerlichen Gerichte nicht eximiert sein können. Wenn aber das der Fall ist, so müssen sie in genauer Grundlage des Art. XII zit. auch als den Normen des libländischen Bauerprivatrechts unterliegend angesehen werden. Die entgegengesetzte Annahme würde eine Disharmonie zwischen dem bauerlichen Zivilrecht und dem Zivilprozeß zur Folge haben, insofern die in den libländischen Städten wohnhaften Bauern solchenfalls materiell d. h. zivilrechtlich zwar nach den Grundsätzen des allgemeinen Privatrechts resp. den Normen des libländischen Stadtrechts, formell d. h. in zivilprozessualer Hinsicht dagegen nach Bauerrecht behandelt werden müßten, mit anderen Worten: ein und dasselbe Gericht soll die bei ihm rechtsuchenden Partheien in einer Hinsicht als Bauern und in der andern Hinsicht nicht als Bauern betrachten. Eine solche Disharmonie würde aber der in Art. XII zit. klar und deutlich ausgesprochenen gesetzgeberischen Absicht nicht nur nicht entsprechen sondern ihr geradezu widersprechen. Es muß aber diesem

Art. auch Art. 79 Th. III des Prov. Rs. weichen, obwohl derselbe klar bestimmt, daß durch die Ehe zwischen den dem livländischen Stadtrecht unterworfenen Personen ohne Rücksicht auf ihren Stand die allgemeine Gütergemeinschaft begründet wird, denn es steht ja durchaus nicht fest, daß die Bauern zu den dem Stadtrecht unterworfenen Personen gehören. Auch §§ 7 und 8 des neuen durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 eingeführten Gemeindegerechtsprozesses, auf die sich Schöler gleichfalls beruft, sprechen keineswegs für ihn. § 7 bestimmt den Kompetenzkreis der Gemeindegerichte, wobei er so beginnt:

„Das Gemeindegericht ist für folgende Rechtsstreitigkeiten zwischen Bauern, so wie auch den übrigen Mitgliedern der örtlichen Bauergemeinden, mit Ausnahme der in dem Art. 8 angegebenen zuständig“ . . .

Also auch hier wird nur ganz allgemein von Bauern sowie den übrigen Mitgliedern der Bauergemeinden gesprochen, ohne daß von einem Unterschiede zwischen den auf dem Lande und den in der Stadt lebenden Bauern die Rede ist. § 8 zählt diejenigen Personen auf, die nicht vor die Gemeindegerichte kompetieren, unter welchen sich jedoch die Stadtbewohner, soweit sie bürgerlichen Standes sind, nicht befinden.

Schöler führt noch § 995 der Bauerverordnung 3 und § 351 der Bauerverordnung 2 zur Unterstützung seiner Ansicht an. Diese Bauerverordnungen haben eigentlich nur historisches Interesse, da heutzutage die Bauerverordnung 4., d. h. vom J. 1860 gilt. Allein es läßt sich vielleicht, wenn der § 938 zit. aus den früheren Bauerverordnungen geschöpft hat, die gegenwärtige B. B. aus der früheren erklären und erläutern, so daß auf diesem Wege ein Schluß auf die Absicht des Gesetzgebers gemacht werden könnte.

§ 351 der B. B. 2 befindet sich aber in genauer Uebereinstimmung mit § 938 zit. Er lautet nämlich in russischer Fassung:

„Нижеслѣдующія постановленія содержатъ въ себѣ тѣ правила, на основаніи коихъ частныя взаимныя отношенія Лифляндскихъ крестьянъ обоого пола разбираемы должны быть въ дѣлахъ, наиболѣе между ими бывающихъ. Въ случаяхъ о которыхъ въ семъ положеніи не упомянуто, поступаемо быть должно по старымъ, добрымъ обычаямъ, по провинціальнымъ и по общимъ государственнымъ узаконеніямъ.“

Mit diesem § und folglich auch dem § 938 der B. B. v. J. 1860 stimmt aber auch der § 995 der B. B. 3 überein, der folgendermaßen lautet:

„Nachfolgende Bestimmungen enthalten die Grundsätze, nach welchen die Privatverhältnisse der livl. Bauern beiderlei Geschlechts in den am häufigsten unter ihnen vorkommenden Angelegenheiten beurtheilt werden sollen. Fälle, deren diese Bestimmungen nicht erwähnen, finden ihre

Vorschrift in dem Herkommen, guten Gewohnheiten, Landes- und allgemeinen Reichsgesetzen.“

Aber auch die von Erdmann System B. I S. 24 vertretene Auffassung ist der Schöler'schen Ansicht keineswegs günstig, denn auch Erdmann sagt nichts mehr als daß das Recht der Bauerverordnungen für alle der Jurisdiktion der bäuerlichen Gerichte unterworfenen Personen maßgebend sei sowie daß dem livländischen Bauerprivatrecht bloß Bauern unterworfen seien. Von einer etwaigen Unterscheidung zwischen den auf dem Lande und in der Stadt lebenden Bauern läßt auch Erdmann nichts merken.

Wohl dagegen findet sich bei Bunge: Das liv- und esthländische Privatrecht B. I (1847) § 21 S. 45 die Bemerkung, daß die zu den Stadtgemeinden angeschriebenen und in den Städten wohnhaften Bauern dem livländischen Stadtrecht unterworfen seien. Bunge beruft sich hierzu in der Note auf den § 60 der B. B. 2. Es heißt in diesem § allerdings:

„Крестьяне, къ городамъ приписанные и въ нихъ живущіе, принадлежать къ городскому обществу и потому пребываютъ въ настоящемъ своемъ положеніи относительно къ расправѣ и полиціи“ . . .

Alein auch dieser § enthält nichts der Ansicht Widersprechendes, daß das livländische Bauerprivatrecht sich auch auf die in den livländischen Städten wohnhaften Personen bäuerlichen Standes bezieht. § 60 hat nämlich nur den Fall im Auge, wo sich die bisher zu einer livländischen Bauer-  
gemeinde angeschriebenen Personen bäuerlichen Standes zur Stadtgemeinde d. h. genauer zum städtischen Zunft- oder Arbeiteroflad anschreiben oder in die Zahl der Kleinbürger (мѣщане) (früher auch Bürger) aufnehmen lassen. Sowie sie aber das thun, treten sie ja im Grunde genommen aus dem Bauerstande aus und in einen andern Stand über und da ist es denn ganz selbstverständlich, daß sie dem Bauerrecht und insbesondere dem Bauerprivatrecht nicht mehr unterliegen können, sondern einzig und allein den Normen des livländischen Stadtrechts beziehungsweise des allgemeinen Provinzialrechts. § 60 zit. und die darauf gestützte Aeußerung Bunge's enthalten also nichts, was sich auch nach der heutigen Rechtsordnung nicht schon von selbst versteht, sie geben aber insbesondere auch keine Stütze für die Schöler'sche Auffassung ab. Trotzdem bleibt es aber immerhin merkwürdig, daß Schöler die Bunge'sche Aeußerung so gänzlich ignoriert.

Auch eine Vergleichung des § 938 der Bibl. B. B. vom J. 1860 mit den diesbezüglichen §§ der Aurländischen und der Esthländischen Bauerverordnung (von d. Jahren 1817 und 1856) ergiebt nichts wesentlich Neues. § 61 der Aurländischen B. B. vom J. 1817 lautet:

„Частное право Курляндскихъ крестьянъ содержитъ въ себѣ взаимныя отношенія и права, опредѣляемыя по силѣ сего положенія и по общимъ, простирающимся на нихъ, государственнымъ законамъ.“

In § 1045 der Esthl. B. B. vom J. 1856 heißt es:

„Частное право Эстляндскихъ крестьянъ содержитъ тѣ постановленія, на основаніи которыхъ должны быть разбираемы частныя взаимныя отношенія крестьянъ обоого пола, людей податнаго состоянія и цѣховыхъ мѣщанъ, живущихъ въ округахъ земскихъ обществъ.“

Wie wir aus diesem § sehen, sind dem Esthländischen Bauerprivatrecht nicht nur Bauern, sondern auch die auf dem Lande lebenden steuerpflichtigen Personen und zünftigen Bürger (Heutzutage Zunft- und Stadtknechte) unterworfen. Das ist allerdings eine Besonderheit, die sich im libländischen Bauerrecht jedenfalls nicht findet. Allein wie einerseits, abgesehen von den beiden zuletzt genannten Personenklassen, der § 1045 ztt. der Esthl. B. B. das Esthländische Bauerprivatrecht in ganz allgemein gehaltener Ausdrucksweise für die Esthländischen Bauern überhaupt, ohne zwischen den auf dem Lande und in der Stadt wohnenden zu unterscheiden, gelten läßt, so darf andererseits aus der Fassung des beregten § 1045 auch nicht geschlossen werden, daß die nicht auf dem flachen Lande, sondern in den Städten lebenden steuerpflichtigen Personen und Zunftknechte deshalb nun auch dem Bauerrecht und nicht dem Esthländischen Stadtrecht unterliegen sollen. Ebenso wenig läßt sich aus dem Umstande, daß die steuerpflichtigen (nicht bäuerlichen) Personen sowie die Zunftknechte, soweit sie in der Stadt leben, auf Grund eines in dieser Gestalt zulässigen argumenti e contrario als dem Esthländischen Stadtrecht unterworfen angesehen werden dürfen, etwas für die Exemption der in den Esthländischen Städten wohnhaften dem bäuerlichen Stande angehörenden Personen von der Geltung des Esthländischen Bauerprivatrechts folgern. Stimmt somit auch die Esthländische Bauerverordnung mit dem von der libländischen — der richtigen Ansicht nach — vertretenen Principe überein, so dürfte — was die Kurl. B. B. anbelangt — in Anbetracht des so klaren Wortlautes des § 61 ztt. unsere Frage überhaupt nicht gestellt werden können.

Es könnte nun aber sein, daß aus dem, was in der Einleitung zum Th. III des Prov. Rk. vom Geltungsbereiche des libländischen Stadtrechts gesagt ist, sich gewisse Schlußfolgerungen für oder gegen eine Unterwerfung der in den libländischen Städten wohnenden Personen bäuerlichen Standes unter die Normen des libländischen Stadtrechts ableiten ließen. Sehen wir zu, inwieweit das der Fall ist. In



Betracht kommt hier Art. VIII der Einl. zum Th. III des Prov. R<sup>s</sup>. Derselbe hat bekanntlich durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 eine Abänderung erfahren. Vor 1889 lautete nämlich Art. VIII zit. folgendermaßen:

„Dem livländischen Stadtrecht sind unterworfen alle Personen, welche unter der Gerichtsbarkeit der bezüglichlichen städtischen Gerichte Livlands stehen und in diesen Städten ihr Domizil haben, sie mögen Unterthanen oder Ausländer sein, so wie die in den Gebieten der livländischen Städte belegenen Immobilien, ohne Rücksicht auf den Stand der Eigenthümer oder Erbpandbesitzer oder sonstigen Nutzungseigenthümer der letzteren.“

Nach dieser Fassung würde die von uns aufgeworfene Frage endgültig und ohne irgend eine Spur von Zweifel übrig zu lassen entschieden sein, denn da nach Art. XII der Einl. die vor die bauerlichen Gerichte kompetierenden Personen dem Bauerprivatrecht unterliegen, so ist es klar, daß, da die Normen des livländischen Stadtrechts bloß für die der ehemaligen städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen gewesenen Personen verbindlich waren, von einer Anwendung derselben auf die livländischen in den Städten lebenden Personen bauerlichen Standes nicht die Rede sein konnte, diese vielmehr in vorliegendem Falle deßhalb nach livländischem Bauerprivatrecht beurtheilt werden mußten, weil sie vor die bauerlichen und nicht vor die städtischen Gerichte kompetierten.

Da nun die städtischen Gerichte durch das mehrfach erwähnte Gesetz über die Justizreform vom 9. Juli 1889 aufgehoben sind, von einer städtischen Gerichtsbarkeit und den ihr unterworfenen Personen folgeweise nicht mehr die Rede sein kann, so mußte die Gesetzgebung vom 9. Juli 1889 den Art VIII zit. der Einl. zu Th. III des Prov. R<sup>s</sup> einer entsprechenden Aenderung unterziehen. Dies geschah in der Weise, daß als dem livländischen Stadtrecht unterliegend alle in den livländischen Städten lebenden Personen, also die Stadtbewohner, mit Ausnahme bestimmter, ausdrücklich aufgezählter Personenklassen erklärt wurden, unter welchen letzteren indeß die Personen bauerlichen Standes sich allerdings nicht befanden. So hat denn Art. VIII zit. heutzutage folgende Fassung erhalten:

„Dem livländischen Stadtrecht sind unterworfen 1) alle Personen, welche in den Städten Livlands ihr Domizil haben, sie mögen russische Unterthanen oder Ausländer sein, mit Ausnahme von Edelleuten, Beamten, die im aktiven Dienst stehen, und Personen, welche ebensolche Rechte, wie sie der persönliche Adel giebt, genießen und nicht in städtischen Diensten stehen, wenn sie keine städtischen Gewerbe betreiben und nicht Immobilien in der Stadt besitzen, für welche Personen das livländische Landrecht Geltung hat; und 2) die in den Gebieten der livländischen Städte belegenen Immobilien, ohne Rücksicht auf den Stand der Eigen-

thümer oder Erbpfandbesitzer oder sonstigen Nutzungseigenthümer der letzteren.“

Dem entsprechend lautet der (offizielle) Russische Text des Art. VIII in der Fortsetzung vom J. 1890:

„Лифляндскому городскому праву подчинены: 1) всѣ лица, имѣющія жительство въ городахъ Лифляндіи, какъ русскіе подданные, такъ и иностранцы, за исключеніемъ дворянъ, чиновниковъ, состоящихъ въ дѣйствительной службѣ, и лицъ пользующихся равными съ личнымъ дворянствомъ правами и не состоящихъ въ городской службѣ, когда они не отправляютъ городского промысла и не владѣютъ недвижимымъ въ городѣ имѣніемъ, для которыхъ имѣетъ обязательную силу Лифляндское земское право (отд. IV, по прод.); и 2) лежащія въ чертѣ каждаго Лифляндскаго города недвижимости, независимо отъ званія ихъ собственниковъ или владѣющихъ ими на правахъ собственника.“

Wie wir schon kurz angedeutet haben, sind in Art. VIII zit. unter den von der Wirksamkeit des libländischen Stadtrechts ausgenommenen und dem libländischen Landrecht unterworfenen in den Städten Liblands lebenden Personenklassen die libländischen Bauern zwar nicht mitaufgezählt. Allein auch daraus folgt noch nichts für ihre Unterwerfung unter die Normen des libländischen Stadtrechts. Denn ganz abgesehen von dem historischen Zusammenhang zwischen dem Art. VIII in seiner Fassung vor der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 und in seiner Fassung nach der Novelle, wird das in Art. XII zit. der Einl. mit klaren Worten und in absoluter Allgemeinheit ausgedrückte Prinzip, wonach den Bauerrechten alle diejenigen Personen, die der Jurisdiktion der bäuerlichen Gerichte unterworfen sind, unterliegen sollen, — ohne daß, wie wir gesehen haben, auch nur mit einer Silbe auf einen etwaigen Unterschied zwischen den in den Städten und den auf dem Lande lebenden Bauern hingewiesen wird — durch Art. VIII nicht im Mindesten tangiert, sondern im Gegentheil letzterer durch ersteren näher bestimmt. —

In Art. X der Einl. wird der Umfang der Wirksamkeit der für einige kurländische Städte, nämlich Mitau, Bauske und Friedrichstadt geltenden besonderen stadtrechtlichen Normen in ähnlicher Weise, wie das für das libländische Stadtrecht in Art. VIII und für das esthländische Stadtrecht in Art. IX der Einl. geschehen ist, geregelt, allein mit der Abweichung, daß die der Gerichtsbarkeit der Bauergerichte unterworfenen Personen ausdrücklich mit unter den von der Wirksamkeit dieser besondern Normen ausgenommenen und dem kurländischen Landrecht unterstellten Personenklassen aufgezählt werden, was in Artt. VIII und IX bezüglich des lib- und esthländischen Stadtrechts, wie erwähnt, nicht geschehen ist. — Nichtsdestoweniger dürfte der Schluß e contrario, nämlich daß nunmehr die

Abſicht des Geſetzgebers, die in den Städten wohnhaften liv- und eſthländiſchen Bauern umgekehrt der Wirkſamkeit des liv- oder eſthländiſchen Stadtrechts (und nicht etwa den Normen der dießbezüglichen Bauerprivatrechte) in ebendemſelben Maße wie die übrigen Stadtbewohner zu unterwerfen klar zu Tage liege, keinen ſicheren Boden unter ſich haben. Denn die mehrerwähnte allgemeine, alſo auch für das libländiſche Bauerprivatrecht geltende Beſtimmung des Art. XII zit. der Einl., wonach dem Bauerrecht alle diejenigen Perſonen unterliegen, die vor die Bauergerichte kompetieren, wird durch Art. VIII zit. — wie ſchon erwähnt — nicht im Mindesten alteriert, ſondern bleibt unangefochten beſtehen. Wollte man aber im Gegenſatz zu der hier vertretenen Anſicht Art. XII zit. nur auf die auf dem Lande lebenden Bauern beziehen, ſo müßte, da dieſer Art. offenbar von allen drei Bauerverordnungen, alſo auch der kurländiſchen ſpricht, entweder ein ſagranter Widerſpruch zwiſchen Art. X zit. und Art. XII zit. der Einl., welcher erſtere auch die in den kurländiſchen Städten wohnhaften Bauern dem kurländiſchen Bauerrecht unterſtellt, angenommen oder aber vorausgeſetzt werden, daß in der That die in den kurländiſchen Städten wohnenden Bauern dem kurländiſchen Stadtrecht resp. Landrecht, nicht aber dem Bauerrecht unterſtänden. Die erſtere Annahme würde ſich aber ſchon im Hinblick auf Art. XIV in ſin., wonach im Zweifel ein Widerſpruch zwiſchen den einzelnen Beſtimmungen des oſtſeeprovinziellen Privatrechts nicht anzunehmen iſt, verbieten, wogegen die zweite einem poſitiven Geſetzesauſſpruch, nämlich Art. X der Einl., laut welchem die in den kurländiſchen Städten wohnhaften und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen Perſonen ausdrücklich von der Geltung des allgemeinen kurländiſchen Rechts resp. des Stadtrechts — ſoweit ſolches für Kurland in Frage kommt — eximiert und dem kurländiſchen Bauerrecht unterſtellt werden, diametral widerſprechen, alſo gleichfalls unzuläſſig ſein würde. Ein erfindlicher innerer Grund für die Nichterwähnung der Perſonen bürgerlichen Standes unter den in Artt. VIII und IX der Einl. aufgezählten und von der Wirkſamkeit des liv- und eſthländiſchen Stadtrechts eximierten Perſonenklassen liegt n. G. n. abſolut nicht vor, umſo weniger, als das im Vorhergehenden von uns vertretene Prinzip, nach welchem das Bauerprivatrecht aller drei Bauerverordnungen für alle Perſonen bürgerlichen Standes, einerlei ob ſie auf dem Lande oder in den Städten leben, Geltung haben ſoll, in § 938 der libländiſchen Bauerverordnung und in § 1045 der eſthländiſchen Bauerverordnung ebenſo klar und rein, wenn nicht noch klarer als in der kurländiſchen Bauerverordnung § 61 zum Ausdruck gebracht wird, was aus einer Vergleichung dieſer §§ mit einander aufs deutlichſte hervorgeht. Iſt alſo demnach die Annahme, als habe der

Gesetzgeber die in den libländischen (und esthländischen) Städten wohnhaften Bauern in der obengenannten Hinsicht nach andern Grund-sätzen als die in den kurländischen Städten lebenden Bauern behandeln wollen, grundlos, so haben wir auch absolut keine Veranlassung, ohne Noth eine Unterscheidung dort zu statuieren, wo sie das Gesetz selbst gar nicht macht, und da nun Art. VIII zit. nicht sagt, daß die in den libländischen Städten wohnhaften Bauern entgegen der in Art. XII ausgedrückten Regel nach den Normen des libländischen Stadtrechts beurtheilt werden müßten, so muß es einfach bei der Bestimmung eben dieses Art. XII der Einl. bleiben, aus der aber, wie wir gezeigt zu haben glauben, aufs deutlichste hervorgeht, daß auch die in den libländischen Städten wohnhaften Personen bauerlichen Standes, weil sie der Jurisdiktion der bauerlichen Gerichte unterstehen, den privatrechtlichen Normen der libländischen Bauerverordnung und nicht etwa des libländischen Stadtrechts unterstellt sein müssen. Wenn das richtig ist, so wird auch die Erklärung für die Nichterwähnung der libländischen Bauern unter den in Art. VIII aufgezählten, von der Geltung des libländischen Stadtrechts ausdrücklich ausgenommenen Personenklassen nicht sehr ferne liegen, insofern sie nämlich auf ein bloßes redaktionelles Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen sein dürfte, der die betreffende auf die Personen bauerlichen Standes bezügliche Zufügung bei gleichen Voraussetzungen in der einen Gesetzesbestimmung, nämlich dem Art. X der Einl., nicht unterlassen, in zweien anderen dagegen (nämlich in den Artt. VIII und IX der Einl.) unterlassen hat.

Auch die Anm. zu Art. 3068 Th. III des Prov. Rs, auf die das in der Zwingmann'schen Sammlung B. VII S. 530 angeführte Urtheil Gewicht zu legen scheint, dürfte nicht geeignet sein, die hier vertretene Ansicht zu erschüttern. Denn diese besagt nur, daß im Zweifel der Ort, wo Jemand als Steuerpflichtiger angeschrieben sei, noch keineswegs als sein Domizil anzusehen sei. Das ist gewiß richtig, trifft aber unsern Fall nicht, da es sich hier gerade um ein von der Zugehörigkeit zu einem gewissen Stande, nämlich dem der libländischen Bauern abhängig gemachtes privilegium odiosum oder favorabile handelt, ohne daß es dabei auf das Domizil der betreffenden Person ankommen soll.

Nur einen einzigen Fall giebt es, wo das libländische Stadtrecht auch für die nicht in den Städten lebenden Personen bauerlichen Standes maßgebend ist. Ueberall dort nämlich, wo es sich um Rechtsverhältnisse an in den libländischen Städten resp. deren Weichbild belegenden und libländischen Bauern gehörigen Immobilien handelt, wird in Grundlage des B. 2 des Art. VIII zit. der Einl. das

libländische Stadtrecht einzutreten haben und zwar nicht nur dann, wenn die betreffenden bäuerlichen Immobiliareigenthümer in der Stadt, sondern auch, wenn sie auf dem flachen Lande leben, denn dieser Art. läßt bezüglich der in einer der libländischen Städte belegenen Immobilien das libländische Stadtrecht entscheiden, gesetzt auch, daß die Eigenthümer derselben einem im Uebrigen von der Geltung des libländischen Stadtrechts eximierten Stande wie z. B. dem der Edelleute, Beamten und — wir fügen hinzu — auch der Bauern angehören. — Dagegen werden die Bauerlandstellen in Ansehung des Art. XII in sin. der Einl. stets und unter allen Umständen nach libländischem Bauerrecht beurtheilt werden müssen, da sie auf dem flachen Lande und nicht in der Stadt liegen.

Die Frage, welches Recht in subsidio dann zur Anwendung gelangen soll, falls das libländische Bauerrecht über irgend einen Punkt keine Bestimmung enthält, also eine Lücke aufweist — ein Fall, der bei der Dürftigkeit der privatrechtlichen Normen der libländischen Bauerverordnung recht häufig eintreten dürfte — entscheidet Schöler auf S. 393 f. der I. Nummer zwar im Prinzip richtig, allein er thut das mehr im Vorübergehen und eine nähere Begründung der Motivierung sucht man bei ihm auch nach dieser Richtung hin vergebens.

A limine könnte als Subsidiarrecht für das libländische Bauerprivatrecht entweder das libländische Stadtrecht oder das libländische Landrecht in Betracht kommen, je nachdem ob es sich um die Rechtsverhältnisse von in der Stadt oder auf dem flachen Lande lebenden Bauern untereinander handelt. Allein Art. XII zit. der Einl. regelt die soeben aufgeworfene Frage ausdrücklich zu Gunsten des Landrechts und zwar thut er das für das Privatrecht aller drei Bauerverordnungen, so daß damit auch die libländische Bauerverordnung tacite miteingeschlossen ist. Angesichts dieser ganz positiv lautenden Gesetzesbestimmung verschlägt es auch nichts, wenn aus der Fassung des § 938 der libl. Bauerverordnung, des § 1046 der esthländischen B. B. und des § 62 der kurl. B. B. an und für sich eine subsidiäre Anwendung des libländischen Stadtrechts für die in den libländischen Städten wohnenden Bauern hergeleitet werden könnte. Jeder dieser drei §§ nennt nämlich als Subsidiarrecht des Bauerprivatrechts die übrigen "allgemeinen für das betreffende Gouvernement verbindlichen Gesetze, Rechtsgewohnheiten und Verordnungen, zu denen ja auch das Stadtrecht gehört, und nur die esthländische Bauerverordnung führt in erster Reihe das esthländische Ritter- und Landrecht an. Es wären also nach den soeben angeführten Bestimmungen der Bauerrechte speziell für das libländische Bauerprivatrecht eine subsidiäre Anwendung des libländischen Stadtrechts

auf die Rechtsverhältnisse der in den livländischen Städten wohnhaften Bauern untereinander durchaus nicht von vorn herein von der Hand zu weisen, falls wir nicht eben den Art. XII der Einl. hätten, der obige Frage in einer jeden Zweifel abschneidenden Weise gegen eine subsidäre Anwendung des Stadtrechts, also zu Gunsten des Landrechts entscheidet. Wäre es anders, wollte man trotzdem das Stadtrecht und nicht das Landrecht als Subdiarrecht des Bauerprivatrechts hinstellen, so könnte das angesichts des Art. XII zit. nur auf doppeltem Wege geschehen. Erstens nämlich könnte hinsichtlich der in den Städten lebenden Bauern das Stadtrecht schlechtweg für die Bauerrechte aller drei Provinzen als Subdiarrecht in Anspruch genommen werden. Das dürfte sich aber schon bezwegen als unmöglich erweisen, weil es einer positiven Gesetzesvorschrift, nämlich Art. XII widersprechen und außerdem, wenigstens was das kurländische Bauerrecht anbelangt, zu Art. X der Einl. nicht passen würde, woselbst die in den kurländischen Städten wohnenden Bauern in jedem Fall ausdrücklich als den Normen des kurländischen Bauerrechts unterworfen hingestellt werden. Zweitens aber ließe sich die Subdiarität des Stadtrechts für die Rechtsverhältnisse der in den Städten wohnenden Bauern untereinander zwar für Liv- und Esthland, nicht aber auch für Kurland behaupten, da letzteres kein eigentliches Stadtrecht kennt. Allein damit würde man eine Unterscheidung statuieren, die das Gesetz, nämlich Art. XII, der ganz allgemein von allen drei Bauerverordnungen spricht, thatsächlich nicht macht, somit also mit dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz: „ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere“ in direkten Widerspruch gerathen. Es bleibt somit nur übrig, Art. XII von dem Bauerprivatrechte aller drei Bauerverordnungen zu verstehen, womit aber die subsidäre Anwendung des Landrechts auf die Rechtsverhältnisse der Stadtbewohner bäuerlichen Standes ein für allemal feststehen dürfte. Wenn aber das richtig ist, so kann als Subdiarrecht für die in livländischen Städten wohnenden Bauern nur das livländische Landrecht, nicht etwa das livländische Stadtrecht in Betracht kommen. Irgend ein Bedenken gegen eine solche Ansicht braucht man umso weniger zu haben, als ja die Stadtrechte aller drei Provinzen eine ganze Reihe von Stadtbewohnern, wie z. B. Edelleute und Beamten kennen, die trotzdem nicht den Normen des Stadtrechts, sondern den des Landrechts unterworfen sind. — Weßhalb man aber angesichts der besonders bestehenden Bauerverordnungen und einer positiven gesetzlichen Vorschrift, nämlich des Art. XII zit., sich scheuen sollte, auch die Bauern zu jenen Personenklassen zu rechnen, ist absolut unerfindlich. Andererseits ist es aber jetzt auch klar, daß, wenn in dem mehrfach erwähnten Art. XII der Einl. auf das Landrecht als Subdiarrecht des Bauer-

privatrechts hingewiesen wird, -daraus nicht etwa ein Argument für die Unterstellung der in den libländischen Städten wohnhaften Bauern unter die Normen des libländischen Stadtrechts hergeleitet werden kann, indem man so schließt: der Gesetzgeber will das Landrecht als Hilfsrecht eintreten lassen, solches aber hätte bei den in der Stadt lebenden Personen keinen Sinn, insofern für diese nur das Stadtrecht in Frage zu kommen vermöchte, und eben dadurch giebt er seine Absicht, nur die auf dem Lande, nicht auch die in der Stadt lebenden Bauern dem Bauerrecht, zu unterwerfen, nicht undeutlich zu erkennen.

Auf dem in den vorhergehenden Zeilen entwickelten Standpunkte betreffs Unterwerfung der in den libländischen Städten wohnenden Bauern unter die Normen des libländischen Bauerprivatrechts steht auch, soweit die von mir nach dieser Richtung hin eingezogenen Erfindungen reichen, die Praxis der Gemeinde- und Oberbauurgerichte und in der That dürfte die entgegengesetzte Ansicht schon insofern zu praktisch unhaltbaren Resultaten führen, als die privatrechtlichen Normen einen im Verhältniß zu den sonstigen, nicht privatrechtlichen Bestimmungen der Bauerverordnungen äußerst geringen Theil der letzteren bilden, mithin also, was speziell Libland anbetrifft, bei einer Unterstellung der bäuerlichen Stadtbewohner unter die Normen des libländischen Stadtrechts eine Disharmonie zwischen den einzelnen Theilen derselben Bauerverordnung stattfinden müßte. Denn unzweifelhaft müssen — was auch Schöler nicht bestreiten wird — die nicht nichtprivatlichen Bestimmungen der B. V. nicht minder für die in den Städten wie für die auf dem flachen Lande wohnenden Personen bäuerlichen Standes Geltung haben, so daß — wäre jene Ansicht richtig — ein und dieselbe Person in ein und derselben d. h. in rechtlicher Beziehung einmal als Bauer und das andere Mal nicht als Bauer behandelt werden würde, was offenbar unzulässig ist.

Es liegt mir natürlich fern, in kategorischer Weise für die von mir im Vorhergehenden entwickelte Ansicht bedingungslose Anerkennung und Zustimmung zu beanspruchen; ich muß vielmehr zugeben, daß man auch anders denken, die Sache auch von einem andern Gesichtspunkte aus betrachten kann. Allein soviel wird wohl jeder zugeben, daß es doch immer nicht zu verachtende Gründe sind, Gründe, die sich immerhin hören lassen können, die zu Gunsten einer Geltung des Bauerrechts auch für die in den libländischen Städten wohnenden Bauern angeführt wurden. Umso mehr muß es daher befremden, daß der geehrte Herr Verfasser auch nicht an eines der seiner Auffassung entgegenstehenden und von uns im Vorhergehenden entwickelten Argumente gedacht zu haben, ja, sich der unfehlbaren Schwierigkeit der Frage garnicht einmal bewußt geworden zu sein scheint.

Für ihn scheint es als selbstverständlich festzustehen, daß die in den Städten lebenden Bauern nicht dem libländischen Bauerprivatrecht, sondern dem Stadtrecht unterworfen sind. —

Auf S. 3 seines Aufsatzes (vgl. die Zult.-nummer der balt. Monatsschrift 1902) läßt sich Schöler über das eiserne Inventar der Bauergesinde folgendermaßen aus:

„Vom eisernen Inventar reden viele Stellen der B. B. Da nun aber bei Erwerb von Grundeigenthum am Bauerlande jetzt kein eisernes Inventar zu konstituiren ist (Art. 370, 371 und Anm. 1 zu Art. 370 der Notariatsordnung), geschweige denn vom Käufer bei Gefahr der Ungültigkeit des Kaufkontraktes nachzuweisen oder sicherzustellen ist, auch das Kreditssystem dessen Existenz nicht verlangt, die Bauer-Pfandbank, die es gesetzlich verlangen muß, im letzten Stadium ihrer eigenen Existenz sich befindet, da ferner die Pachtverträge über das Bauerland auf zwei Vererbungen, bei denen die Konstituierung eines eisernen Inventars noch obligatorisch ist, kaum jemals vorkommen und es bei sonstigen Verpachtungen nicht konstituiert zu werden pflegt, so dürfte das ganze Institut so gut wie unpraktisch geworden sein. Die gesetzliche Verpflichtung zur Konstituierung eines eisernen Inventars bei den gedachten Verpachtungen auf zwei Vererbungen macht daher jetzt den Eindruck eines abzuschaffen vergessenen Gesetzes. — Der im § 194 vorgesehene seltsame Fall der Entstehung des eisernen Inventars ist an die Voraussetzung geknüpft, daß bei einem über Bauerland, überhaupt auf Erben abgeschlossenen Pachtkontrakt, der Erbe des Pächters auf dessen Erbschaft verzichtet, wonach das Wirthschaftsinventarium des verstorbenen Pächters ohne alle Vergütung als eisernes Inventarium auf dem Pachtstück bleibt, auch wenn es nicht als solches kontraktlich oder gesetzlich konstituiert worden war. Auf diese Weise dürfte aber wohl kaum jemals eisernes Inventar entstanden sein, und ist dieses originelle Erbrecht, das unter den Bestimmungen der B. B. über die Geldpacht sich verbirgt, selbst den Nichtbetheiligten unbekannt geblieben, was sich durch Befragen leicht konstatiren ließe.“

Der geehrte Herr Verfasser wird es mir gewiß nicht verargen, wenn ich auch keinen einzigen der von ihm gegen die praktische Geltung resp. Anwendbarkeit des sog. „eisernen Inventars“ der Bauergesinde angeführten Gründe als stichhaltig anerkenne und im Gegensatz zu ihm die Inventurierung dieses Instituts ausdrücklich leugne. Gehen wir zunächst jene von Schöler geltendgemachten Gründe durch. Ihre Unhaltbarkeit wird zum Theil auch die praktische Anwendbarkeit des eisernen Inventariums ergeben. Schöler spricht zunächst davon, daß beim Erwerb des Eigenthums am Bauerlande gemäß Artt. 370 und 371, sowie der Anm. 1 zu Art. 370



der Not. Ordn. ein eiserne Inventarium gegenwärtig nicht mehr konstituiert zu werden brauche. Aus den angezogenen Artikeln der Notariatsordnung geht das aber garnicht hervor. Art. 370 besagt, daß die Korroboration der Kaufkontrakte über Bauerpachtstellen gemäß den in den Artt. 303—369 enthaltenen Vorschriften und unter Beobachtung der in Artt. 371—377 ausgedrückten Regeln stattzufinden habe. Die Anmerkung 1 zu diesem Art. weist nur darauf hin, daß die früher in den Ostseegouvernements üblichgewesene Ordnung (prozessualer Natur) der Korroboration der Kaufkontrakte über Bauerpachtstellen, so wie sie in den bezüglichen Bauerverordnungen enthalten wäre, durch das in den Artt. 370—371 vorgeschriebene Verfahren ersetzt sei. Als das durch die bezüglichen Artikel der Not. Ordn. Aufgehobene werden aber in der Anm. 1 zit. zu Art. 370 nur die zivilprozessualen Bestimmungen über die „Ordnung der Korroboration der Kaufkontrakte über Bauerpachtstellen“ bezeichnet. Nun enthält § 225 der Zivl. B. B. allerdings die positive Vorschrift für den bauerlichen Käufer eines Gehörsgesinde, bei der Erwerbung desselben sofort ein eiserne Inventarium zu konstituieren, das entweder gleich bei gerichtlicher, behufs Korroboration erfolgender Produzierung des Kaufkontrakts nachzuweisen oder mittelst Kaution seitens des Verkäufers sicherzustellen ist. Allein es fragt sich, ob diese Vorschrift unter die in Anm. 1 zu Art. 370 genannten zivilprozessualen Bestimmungen zu rechnen ist? Denn § 225 zit. hat seine Stellung in dem 2. Kapitel der Zivl. B. B. v. J. 1860 gefunden und dieses Kapitel, das die §§ 219—228 umfaßt, betitelt sich: „Bestimmungen über das bauerliche Grundeigenthum.“

Darnach erscheint es a limine durchaus nicht geboten, § 225 als durch Anm. 1 zu Art. 370 der Not. Ordn. eo ipso aufgehoben zu erachten. Im Gegentheil, es dürfte so ziemlich feststehen, daß der letztgenannte Art. das Fortbestehen der § 225 zit. im Allgemeinen gar nicht affiziert. Dann aber fragt sich natürlich: auf welche §§ der Bauerverordnung zielt die Anm. 1 zu Art. 370 zit. mit dem Ausdruck „zivilprozessuale Bestimmungen“ („судопроизводственные постановления“) ab? Das Wahrscheinlichste dürfte sein, daß der mit „Korroborationswesen“ überschriebene und die §§ 60—75 umfassende Abschnitt gemeint ist. Der Gesetzgeber will offenbar — so müssen wir annehmen — daß, da an Stelle der früheren Kirchspiels- und Kreisgerichte, denen die Attestation und Korroboration derartiger Kaufkontrakte oblag, zufolge des Gesetzes über die Justizreform vom 9. Juli 1889 andere Institutionen, nämlich die Bauerkommissariate und die Krepositabtheilungen getreten sind, nunmehr auch das Verfahren in solchen Attestations- und Korroborationsfachen sowie dessen einzelne Voraußetzungen nothwendig andere geworden sein müssen. Dieses Verfahren aber bezeichnet der Gesetzgeber mit dem Ausdruck: „Судопроизвод-

СТВЕННЫЯ ПОСТАНОВЛЕНИЯ“ — „Prozessuale Bestimmungen.“ Allein das in den §§ 60 ff. enthaltene Korroborations- resp. Attestationsverfahren stellt sich garnicht als prozessuales Verfahren dar. „Судо-производство“ bedeutet im Russischen „Prozeß“, d. h. streitiges Verfahren. Das in den §§ 60 ff. niedergelegte Verfahren bildet aber nur eine Art des sog. „nicht streitigen“ Verfahrens. Eo ipso braucht aber die Verpflichtung des Käufers, den Nachweis der Existenz oder Sicherstellung eines mit dem gekauften Gesinde untrennbar verbundenen eisernen Inventars zu erbringen, weder unter den einen noch unter den andern Gesichtspunkt zu fallen. Auf jeden Fall muß aber verneint werden, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, auch diejenigen Bestimmungen der Bauerverordnung — und insbesondere die §§ 60 ff. — für aufgehoben zu erklären, die mit der Justiznovelle vom 9. Juli 1889, betreffend die Reorganisation des Gerichtswesens und der Bauerbehörden in den Ostseeprovinzen, garnicht in Widerspruch stehen, sondern sich im Gegentheil mit letzterer in besten Einklang bringen lassen. Hat aber der Gesetzgeber wirklich die §§ 60 ff. im Auge gehabt, so fragt es sich noch immer, ob er nicht — wie das so häufig geschieht — die §§ 60—75 in „Bausch und Bogen“ meinte, mithin also einzelne dieser §§ garnicht miteinbezogen wissen wollte, sondern bloß die Mehrzahl derselben?

§ 62 der Zivil. B. B. scheint jedoch jeden Zweifel abzuschneiden, insofern nämlich B. b desselben vorschreibt, daß der Käufer des Gesindes behufs Korroboration des Kontrakts dem Kreisgericht ein Attestat vom Gemeindegerrichte darüber vorstellen müsse, daß das Grundstück mit dem gesetzlichen eisernen Inventar versehen oder solches durch genügende Kautions sichergestellt sei, sowie daß er, der Käufer, in eine bleibende Vereinigung dieses Inventars mit dem Gesinde willige. Es stimmt aber dieser § mit dem § 226 insofern überein, als letzterer, was die seitens des Kreisgerichts bei Korroboration von Kaufkontrakten über Bauerpachtstellen zu beobachtende Ordnung anbetrifft, ausdrücklich auf die §§ 60—74, mithin also auch auf § 62 verweist. Da nun § 62 zzt. unter litt. a—d alle diejenigen Dokumente namentlich aufzählt, die vom Käufer eines Bauerpachtgesindes behufs Korroboration des Kaufkontraktes beizubringen sind, und darunter gerade auch das Attestat des Gemeindegerrichts über Existenz oder Sicherstellung des eisernen Inventariums nennt, Art. 371 der Not. Ordn. jedoch unter den vom Käufer der Kreispstbehörde behufs Intabulation des Kaufkontraktes vorzustellenden Dokumenten den Nachweis des eisernen Inventarii nicht nennt, so bleibt allerdings nichts anderes übrig, als jene Bestimmungen der B. B. als durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 aufgehoben resp. abgeändert anzusehen, allein wohlgemerkt, nur in Beziehung auf die Frage, welcherlei Dokumente vom Käufer der Korroborations-

behörde (Krepostabtheilung) bei Korroboration der über Bauerpachtgesinde abgeschlossenen Kaufkontrakte vorzustellen sind. Mag es daher auch Schöler zugegeben werden, daß die Konstituierung oder Sicherstellung des eisernen Inventars nach den neuen Justizgesetzen (Art. 371 der Not. Ordn.) nicht mehr *conditio sine qua non* für die Entgegennahme der Kaufkontrakte über Bauerpachtland behufs Korroboration derselben seitens der Krepostbehörde ist, so folgt daraus doch noch nicht, daß der Verkäufer auf Grund der vorhin angeführten Bestimmungen der Bauerverordnung auch nicht berechtigt sei, von sich aus den Nachweis des eisernen Inventarii vom Käufer zu verlangen. Dieses sich als Forderungsrecht darstellende Recht des Verkäufers dürfte vielmehr als rein privatrechtliche Norm durch die einschlägigen Artt. der Not. Ordn. garnicht berührt worden sein. Will man aber gleichwohl diese Annahme nicht gelten lassen und ein dem Verkäufer gesetzlich zustehendes Recht, den Nachweis des eisernen Inventars zu verlangen, nicht statuieren, so wird wenigstens darüber wohl schwerlich ein Zweifel entstehen können, daß es den Kontrahenten jederzeit freistehen muß, die Konstituierung oder Sicherstellung eines eisernen Inventars unter sich kontraktlich auszubedingen. Und zwar kann ein dahin abzielendes Recht nicht nur auf Seiten des Verkäufers gegenüber dem Käufer, sondern auch umgekehrt auf Seiten des Käufers gegenüber dem Verkäufer konstituiert werden, ja, es liegt kein Grund vor, eine im Kontrakt stipulierte Abhängigmachung der endgültigen Korroboration des Kaufkontrakts durch die Krepostbehörde von dem Nachweis resp. der Sicherstellung eines eisernen Inventars für ungültig zu erklären. Vielmehr wird in letzterem Falle die Korroboration vor genügend erbrachtem Nachweis resp. vor Sicherstellung des eisernen Inventars seitens der Krepostbehörde nicht stattfinden dürfen.

Daß das Kreditssystem den Nachweis eines eisernen Inventars bei Beleihungen von Bauergefinden nicht verlangt, dürfte wohl auch kaum einen stichhaltigen Grund dafür abgeben, daß dieses Institut heutzutage unpraktisch geworden sei. Denn wenn auch ein Gesetz von einzelnen Personen oder Institutionen nicht beobachtet wird, so folgt doch daraus noch nichts gegen die praktische Geltung und Anwendbarkeit desselben. Endlich ist aber auch in den Kreditstempelpfandbriefen zur Unterlage dienenden Verpfändungsschriften entsprechend dem § 93 des Reglements der Güterkreditsozietät vom J. 1896 die Kündigung des Pfandbriefsdarlehns resp. eines entsprechenden Theiles desselben seitens des Kreditystems von einer eventuellen Deterioration des verpfändeten Grundstückes durch den Pfandschuldner abhängig gemacht. Wie nun aber in der Verschleuderung oder Vernachlässigung des Bauergefindeninventars, sofern sie nothgedrungen auf die Bewirthschaftung und damit auch auf die ökonomische Ertragsfähigkeit des Gesindes von verderblichen Einfluß sein muß, zweifellos eine derartige, das

Kreditssystem zur Kündigung berechtigende Deterioration zu erblicken ist, in demselben Maße wird damit die Bedeutung eines mit dem verpfändeten Gefinde untrennbar verbundenen Inventars (d. h. eines eisernen Inventars) für das Kreditssystem von letzterem selbst anerkannt. —

§ 10, Beilage Litt. B (zu § 4) der Libl. B. B. v. J. 1860 verlangt von dem, der mit Hilfe der Bauerrentenbank ein Grundstück eigenthümlich erwerben will, den Nachweis eines bleibend mit dem Grundstück vereinigten eisernen Inventars. Gerade diese klare, positive Gesetzesvorschrift beweist nicht für, sondern gegen die von Schöler behauptete Inbetriebsetzung dieses Instituts in der Praxis. Denn hier handelt es sich um eine die Bauerrentenbank direkt bindende Vorschrift, ohne deren Beobachtung die Bank zur Ertheilung des entsprechenden Rentenbriefes garnicht berechtigt ist.

Schöler sucht nun freilich die Beweisraft dieser Bestimmung von vornherein durch den Hinweis darauf abzuschwächen, daß die Bauerrentenbank sich so gut wie im Auflösungsstadium befände. Das kann aber nicht so ohne weiteres zugegeben werden. Zweck der libländischen Bauerrentenbank ist es, nach § 2 des Reglements derselben, dem Bauerstande Mittel und Wege darzubieten, nach Maßgabe eines bestimmten Berechnungsmodus bäuerliche Grundstücke mittelst Kaufes zum Eigenthum zu erwerben. Im Auflösungsstadium würde sich daher diese Bank doch nur dann befinden können, wenn fast alle Bauerländereien bereits verkauft wären. Thatsächlich ist aber das, wenigstens in Livland, nicht der Fall und wird wohl auch niemals eintreten können, im Gegentheil, es giebt in Livland noch recht viel unverkauft, in Pacht vergebenes Bauerland, fast jedes größere Rittergut hat einen bald mehr bald minder großen Bestand an bäuerlichen Pachtländereien. Wenn es aber auch anders wäre, so genügt es eben zur Rechtfertigung der von uns behaupteten praktischen Geltung des in § 10 zit. erwähnten eisernen Inventars, daß die Bauerrentenbank überhaupt noch existiert, mag sie auch ein noch so kümmerliches Dasein führen. Erst wenn sie faktisch und rechtlich aufgehört hat zu existieren, wäre das von Schöler nach dieser Richtung hin vorgebrachte Argument bedingungslos zu akzeptieren\*). —

Der § 124 der libl. Bauerverordnung vom J. 1860 macht es dem Pächter beim Abschluß eines Pachtkontraktes auf zwei Vererbungen zur Pflicht, das Pachtstück mit dem gesetzlichen eisernen Inventar zu versehen, welches bei keiner Weitervererbung getheilt werden darf, sondern stets ungetheilt und ohne dem Pachtobjekt entzogen werden zu können auf den das Grundstück in Pacht nehmenden Erben und nach

\*) Gegenwärtig scheint der Zeitpunkt, wo die Bauernrentenbank zu existieren aufhören wird, nicht mehr fern zu sein, da ihre Thätigkeit durch die mittlerweile auch auf die Ostseeprovinzen ausgedehnten Operationen der Baueragrarbank, von der in jeder der drei Gouvernementsstädte Riga, Reval und Mitau je eine Abtheilung gegründet ist, absorbiert werden dürfte.

Ablauf der Pacht auf den neuen Pächter überzugehen hat. Der folgende § 125 führt das im vorhergehenden § statuierte Prinzip der Untheilbarkeit des eisernen Inventars noch näher dahin aus, daß der erste Nachfolger im Pachtstück bezüglich der vom Konstituenten des eisernen Inventars hinterlassenen Erbschaft sich letzteres in die ihm gebührende Erbportion einrechnen lassen müsse. Sei jedoch das eiserne Inventarium größer als die Erbportion, so dürften ihm keine Auszahlungsverbindlichkeiten den übrigen Miterben gegenüber auferlegt werden. Also wieder ein Fall, wo das eiserne Inventarium der Bauerlandstellen noch heute von praktischer Bedeutung ist. Schöler freilich sucht sich auch über diese Gesetzesbestimmungen durch die einfache Behauptung hinwegzusetzen, daß derartige Verpachtungen auf zwei Vererbungen, wie sie in den § 123 f. niedergelegt sind, heutzutage kaum jemals vorkämen und zudem bei gewöhnlichen Verpachtungen ein eisernes Inventar gar nicht konstituiert zu werden pflege. Den Beweis dieser seiner Behauptung bleibt aber der geehrte Herr Verfasser schuldig. Wir, für unsere Person, behaupten gerade das Gegentheil. Wenigstens habe ich in meiner Praxis mehrfach Gelegenheit gehabt, Pachtverträge auf zwei Vererbungen zu errichten und auch sonst habe ich niemals gehört, daß solche Verträge heutzutage seltener als früher abgeschlossen würden, wozu ja wohl kaum ein Grund vorliegt. Auch die andere Behauptung, daß bei den sonstigen Pachtverträgen ein eisernes Inventar nicht mehr konstituiert zu werden pflege, woher denn das ganze Institut den Eindruck eines abzuschaffen vergessenen Institutes mache, entspricht nicht den Thatsachen. In Wirklichkeit nämlich wird auch bei gewöhnlichen Pachtkontrakten d. h. bei den nicht auf zwei Vererbungen abgeschlossenen häufig ein sogenanntes eisernes Inventar, für dessen fortwährende Vereinigung mit dem Pachtstücke und Instandhaltung der Pächter zu sorgen und zu haften hat, festgesetzt. —

Endlich ist es auch ein offenkundiger Irrthum Schölers, wenn er in der Note S. 3 zit. behauptet, die Motive zu Art. 70 des durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 eingeführten Krepostreglements (Art. 371 der Not. Ordn.) hätten sich direkt für eine Aufhebung des vom eisernen Inventar bei Gefindeslandverkäufen handelnden § 225 der Zivil. B. B. ausgesprochen. Daß der ganze § 225 als solcher aufgehoben sei, sagen die Motive weder direkt noch indirekt, ihre Ausführungen treffen vielmehr nur die obligatorische Nachweisung des eisernen Inventars bei Bauerlandverkäufen der Krepostbehörde gegenüber behufs Vornahme der Korroboration, die auf Grund des Art. 70 zit. der Krepostregeln (Art. 370 der Not. Ordn.) im Gegensatz zu früher von der Krepostbehörde allerdings nicht mehr gefordert zu werden braucht. (Uebrigens hält auch Jakob den § 225 der Zivil. B. B. v. J. 1860 für durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 aufgehoben, vgl. dessen (nicht offizielle) russische Ausgabe der Zivil. Bauerverordnung vom J. 1860

unter dem Titel: „Положеніе о лифляндскихъ крестьянахъ. По Высочайше утвержденному 13 Ноября 1860 г. положенію и послѣдовавшимъ въ измѣненіе и дополненіе его законоположеніямъ и распоряженіямъ, составилъ по порученію лифляндскаго губернатора генералъ-майора В. Д. Суровцева, непрѣмный членъ Лифляндскаго Губернскаго по крестьянскимъ дѣламъ Присутствія дѣйствительный статскій совѣтникъ Е. В. Якоби. Г. Рига 1897 г.“). Und selbst angenommen, daß die Motive sich in der That in der angeführten Stelle für eine Aufhebung des § 225 in seinem ganzen Umfange ausgesprochen hätten, so sagen sie doch an einer anderen Stelle (vgl. Motive zu Art. 105 der Justiznovelle) — wie später gezeigt werden soll — gerade das Gegentheil d. h. gehen geradezu von der Voraussetzung der fortgesetzten Geltung und praktischen Bedeutung des eisernen Inventars aus. —

In der Bestimmung des § 194 der libl. B. B., wonach im Falle der Ausschlagung der Erbschaft des mit Tode abgegangenen Pächters seitens des oder der Erben der Pachtvertrag über die betreffende Bauerlandstelle schlechthin erlischt (vgl. § 193), daß auf dem Pachtobjekt befindliche Inventar dagegen als eisernes Inventar auf immer mit der Pachtstelle verbunden bleibt, auch wenn es nicht als solches kontraktlich oder gesetzlich konstituiert worden ist, und zwar ohne jede Vergütung abseiten des Verpächters, will Schöler ein „originelles Erbrecht“ sehen, das aber auf diese Weise seiner Ansicht nach wohl schwerlich entstanden sein dürfte. Von einem Intestaterbrecht — denn nur ein solches könnte hier überhaupt in Frage kommen — wie überhaupt von einer Erbfolge kann man aber in diesem Falle wohl schwerlich reden, da es sich hier nicht um die Berufung einer bestimmten Person als Erbe, als vielmehr um ein ganz besonderes, eigenthümlich geartetes, allein durch eine positive Norm gestütztes Rechtsverhältnis handelt, um ein Rechtsverhältnis, für das vielleicht die Bezeichnung: „Erwerb durch intellektuelle oder qualifizierte Verbindung“ passend wäre: zu der schon bestehenden Sache, der Pachtstelle, tritt als Folge eines faktischen und rechtlichen Ereignisses (nämlich des Verzichts des Erben auf die Erbschaft des Pächters) eine Sachgesamtheit, nämlich das Inventar hinzu und verbindet sich intellektuell (nicht physisch) mit jener, um fortan als eisernes Inventar in fortwährender untrennbarer Verbindung mit der Pachtstelle zu bleiben und alle rechtlichen Schicksale der letzteren zu theilen.

Daß aber auf diesem Wege ein eisernes Inventar wohl nur in den aller seltensten Fällen entstanden sein möge, wie Schöler behauptet, ist noch nicht erwiesen. Hätte der geehrte Herr Verfasser uns wenigstens Faktas oder ausreichende, sich über die Gesamtheit der Bauerländereien Livlands erstreckende statistische Daten oder die Resultate seiner praktischen Erfahrung zum Beweise der Richtigkeit seiner Behauptung vorgelegt, so ließe sich über die Sache wenigstens noch reden, so aber, bei gänzlichem Mangel jeglicher Beweise, kann

er nicht verlangen, daß man seine Ansicht auf Treu und Glauben hinnimmt, und die Vermuthung spricht doch allemal gegen, nicht für die Ignorierung eines Rechtsfaktes seitens der Praxis, welche letztere vielmehr stets zu erweisen ist. Wie dem aber auch sei — dem unbefangenen Urtheilenden muß es genügen, daß es eine positive Gesetzesvorschrift, wie den § 194 zit. der Zivil. B. O. giebt, die jedem Eigenthümer eines bäuerlichen Pachtstückes das jederzeit erigible Recht, nämlich das Recht, auf Untrennbarkeit des eisernen Inventars vom Pachtstück zu bestehen und selbiges Recht wo nöthig mit Hilfe der Gerichte durchzusetzen, verleiht. Zugegeben aber, daß dieser Entstehungsgrund des eisernen Inventars, dessen Möglichkeit ja auch Schüler nicht leugnen kann, wirklich nur selten eintreten wird, so folgt auch daraus noch nichts gegen die praktische Bedeutung einer Vorschrift wie der des § 194 über Entstehung des eisernen Inventars: genug, daß solche Entstehungsfälle möglich sind. Sind sie aber erst möglich, so haben sie, solange die sie sanktionierende Gesetzesvorschrift nicht aufgehoben ist — was hier nicht der Fall — auch praktische Bedeutung.

Wir können an dieser Stelle die Vermuthung auszusprechen nicht unterdrücken, daß sich der geehrte Herr Verfasser vielleicht von einer gewissen Animosität gegen die Existenzberechtigung eines besondern livländischen Bauerprivatrechts leiten läßt; die gerade auch an dieser Stelle hervortritt. — Daß sie einer tiefern Begründung entbehrt, soll gegen Schluß dieser Zeilen gezeigt werden. —

Haben sich die bisherigen Ausführungen mehr darauf beschränkt, die Unhaltbarkeit der von Schüler gegen die praktische Bedeutung des eisernen Inventars bei livländischen Bauergefinden geltendgemachten Gründe nachzuweisen, so soll im Nachstehenden der Versuch gemacht werden, auf positivem Wege aus den geltenden Gesetzen die heutige praktische Bedeutung und Geltung dieses eisernen Inventars darzuthun. Zuvor aber noch einige Bemerkungen allgemeiner Natur. Es kommt darauf an, sich der ratio legis betreffs der geltenden Bestimmungen über das eiserne Inventar d. h. des Zweckes, den der Gesetzgeber mit Einführung dieses Institutes verfolgte, bewußt zu werden, worüber sich Schüler — wie es scheint — nicht klar geworden ist. Die Errichtung eines mit dem Bauergefinde untrennbar verbundenen eisernen Inventars soll — wie es auch die Motive zu Art. 70 des durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 eingeführten Krepstreglements (Art. 370 der Not. Ordn.)\*), ohne indessen daraus die nöthigen Konsequenzen zu ziehen, hervorheben — einmal dazu dienen, den bei Verschleuderung, Vernachlässigung oder Veräußerung des Inventars nur zu leicht möglichen ökonomischen Ruin des Pachtgefindes a limine zu verhindern; es bietet also dem Gutsherrn für den Fall, daß er in Folge Beendigung des Pachtkontrakts oder sonst aus irgend welchen Gründen gezwungen ist, das Pachtgefinde zurückzunehmen,

\*) Vgl. Gafmann und Nolken: Verordnungen B. I, S. 295.

eine Garantie gegen die ihm nachtheilige Deterioration des Pachtgesindes. Mutatis mutandis mögen diese Erwägungen auch bei den Verkäufen von Bauergrundstücken maßgebend gewesen sein. Wenngleich es sich nämlich in dieser Hinsicht im Gegensatz zur Verpachtung um einen Eigenthumsübergang des Grundstücks handelt, somit also eine eventuelle Deterioration des letztern dem Verkäufer an sich gleichgültig sein könnte, so ist es namentlich bei hypothekarischer Belastung des auf dem verkauften Grundstück ruhenden Kaufschillingsrestes doch immerhin möglich, daß der Gutsbesitzer aus irgend welchen Gründen sich veranlaßt sieht, das verkaufte Grundstück (z. B. meistbietlich) zurückzukaufen. Treten solche Fälle ein, so wird ihm eine eventuelle Entwerthung des betreffenden Grundstücks schwerlich gleichgültig sein. Auch hier zeigt sich dann die praktische Bedeutung des eisernen Inventars. Die Motive\*) freilich leugnen letztere, indem sie auf die Unmöglichkeit während der Pachtzeit das Grundstückinventar auf sein wirkliches Vorhandensein resp. seine Unversehrtheit hin zu kontrollieren hinweisen. Eine solche Unmöglichkeit der Kontrolle, die indeß von den Motiven garnicht näher begründet wird, muß aber a priori geleugnet werden.

Wir haben also gesehen, daß es einmal der Gutsbesitzer ist, in dessen Interesse die Konstituierung eines eisernen Inventars liegt. Aber auch die Person des bäuerlichen Pächters resp. Käufers ist es, die hier in Frage kommt. Denken wir uns, daß der Pachtvertrag über ein Bauergrundstück aus irgend welchen im Gesetz oder im Vertrag vorgesehenen Gründen seine Endschafft erreicht hat. Gibt nun der Eigenthümer das Grundstück sofort einem neuen Pächter in Pacht, so ist für letztern die Frage, ob er mit dem Grundstück zugleich auch ein ordnungsmäßiges und dazu noch von letzterem unabtrennbares Inventar erhält oder nicht, von nicht zu unterschätzender ökonomischer Bedeutung und dasselbe würde für den neuen Käufer des Grundstücks, der an Stelle des früheren Eigenthümers getreten ist, zu gelten haben, ganz zu geschweigen von allen den Fällen, wo der Pacht- resp. Kaufvertrag auf die Erben des Pächters resp. Käufers übergeht.

Dies ist, in Kürze angedeutet, die ratio der Gesetze über das eiserne Inventar bei den livländischen Bauergrundstücken. Die Gründe aber, welche die Einführung dieses Institutes veranlaßten, sind heute genau dieselben, wie sie damals waren, sind heutzutage unverändert und in eben demselben Maße vorhanden wie damals. Das Gegentheil kann nicht nachgewiesen werden und selbst wenn es möglich wäre, so kann auch daraus nicht eine wirkliche Aufhebung der Bestimmungen über das eiserne Inventar gefolgert werden, denn der früher nicht selten vertheidigte Satz: „cessante ratione legis

---

\*) Vgl. G a s s m a n n und N o l k e n: Verordnungen (Deutsche Ausgabe) B. I, S. 295 (ad Art. 70 des Krepostreglements).



cessat lex ipsa“ ist von der heutigen gemeinrechtlichen Doktrin ziemlich allgemein als unrichtig anerkannt worden (vgl. statt Vieler: Baron: Pandekten (1896) § 9 S. 27).

Wollte sich nun die Praxis, wie das auch Schüler thut, bemühen, das Institut des eisernen Inventars als praktisch bedeutungslos hinzustellen, ihm den realen Boden unter den Füßen zu entziehen, ja, es überhaupt als nicht mehr existenzberechtigt hinzustellen, so würde sie damit nicht nur thatsächlich bestehenden Verhältnissen keine Rechnung tragen, sondern sich gerade auch mit der bewußten gesetzgeberischen Intention in Widerspruch setzen. Denn der Gesetzgeber wollte, wie gezeigt worden, der ökonomischen Entwerthung der Bauergesinde einen wirksamen Damm entgegensetzen und glaubte in der Konstituierung des Instituts des eisernen Inventars ein dazu geeignetes Mittel gefunden zu haben. Abgesehen davon nun, daß es natürlich nie ein Gesetz gegeben hat und auch heute nicht giebt, das den Partheien die kontraktliche Festsetzung eines eisernen Inventars verbietet, was aber nicht verboten ist, erlaubt sein muß, sowie endlich daß de facto ein eisernes Inventar bei Kontraktabschlüssen recht häufig konstituiert zu werden pflegt, dauert der obenbezeichnete gesetzgeberische Wille auch heute noch fort, ja, er ist einfach als fortdauernd solange zu präsumieren, als nicht eine Aenderung desselben zu Tage tritt. Solches ist aber der Fall bei einer Gesetzesaufhebung. Was nun die Vorschriften der Livl. B. B. über das eiserne Inventar anbetrifft, so ist, wenn wir von § 225, der — wie gezeigt — auch nur eine theilweise Aufhebung oder richtiger ausgedrückt: Abänderung erfahren hat, absehen, bis heute keine einzige derselben durch gesetzgeberische Akte aufgehoben worden. Folglich bestehen sie alle auch heutzutage noch fort und zwar nicht nur auf dem Papier, sondern auch im wirklichen Rechtsleben; die praktische Bedeutung des eisernen Inventars für das ökonomische Wohlergehen des Bauerstandes ist im Volksbewußtsein noch immer lebendig. In Livland so wenig, wie in Kur- und Esthland will man das Institut des eisernen Inventars, das sich so lange Zeit hindurch bewährt hat, missen und solange das der Fall ist, wird man auch der geltenden Gesetzesbestimmungen über das eiserne Inventar nicht enttrathen können. Ihre Aufhebung durch *desuetudo* anzunehmen, an die Schüler vielleicht gedacht haben könnte, würde sich schon im Hinblick auf Art. XXIV der Einl. zu Th. III des Prov. Rts. verbieten, wonach Bestimmungen des ostseeprovinziellen Privatrechts, zu denen ohne Zweifel auch die Privatrechtsnormen der drei Bauerverordnungen gehören, durch Gewohnheitsrecht weder aufgehoben noch abgeändert werden können. Nein, es muß vielmehr als feststehend angenommen werden: sämtliche von dem eisernen Inventar handelnde Bestimmungen der livl. Bauerordnung haben heute noch Geltung und zwar praktische Geltung.

Auch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 über die Einführung der Justizreform in den Ostseeprovinzen hat hieran nichts geändert, sondern im Gegentheil den ostseeprovinziellen Besonderheiten Rechnung getragen. Die gegentheilige Ansicht scheitert an Art. 72 B. I des Swod, der es klar ausspricht, daß ein Gesetz so lange seine Geltung bewahrt, bis es durch ein neues Gesetz aufgehoben ist.

Schöler sagt am Anfang der von uns zitierten Stelle: „Von einem eisernen Inventar reden viele Stellen der B. B.“ De facto aber berücksichtigt der Verfasser nur einige, durchaus nicht alle der dießbezüglichen Normen, er ignoriert aber nicht nur diese, sondern merkwürdiger Weise ebenso auch Artikel aus dem Th. III des Prov. Rsk., dem Zivilprozeß und der Justiznovelle vom 9. Juli 1889, aus denen ihm die heutige praktische Bedeutung des eisernen Inventars gewiß klar geworden wäre. Wenden wir uns zunächst den von Schöler nicht berücksichtigten Bestimmungen der libl. Bauerordnung zu. Außer den von uns bereits besprochenen §§ kommen noch folgende in Betracht: §§ 127—133, 200 P. 4, 201 u. 290. Ich sehe z. B. nicht ein, nach welcher Richtung hin sich beispielsweise die praktische Anwendbarkeit des § 127 zit. auch nur im Geringsten gemindert haben soll. Gerade dieser § bestimmt aber, daß die Errichtung eines eisernen Inventarii — allein versteht sich, überall nur in der gesetzlichen Größe — bei allen andern Pachtkontrakten (b. h. außer den auf 2 Vererbungen abgeschlossenen) dem Belieben der Kontrahenten freigestellt ist.

Der folgende § 128 stellt die Untrennbarkeit des vertragsmäßig oder gesetzlich konstituierten eisernen Inventars von dem betreffenden bäuerlichen Grundstück, dessen Pertinenz es bilden soll, als leitendes Prinzip hin.

§ 129 zieht aus diesem Prinzip eine Reihe von praktisch durchaus bedeutsamen Konsequenzen. Da nämlich das eiserne Inventar Pertinenz des Grundstückes, zu dem es gehört, ist, so kann es auch nie anders besessen, weiterveräußert oder verpfändet werden, als zusammen mit dem Grundstück. In gleicher Weise kann das eiserne Inventar auch nicht einer von dem Grundstück, zu welchem es gehört, getrennten, gesonderten Beschlagnahme oder Sequestrierung unterworfen werden, sondern nur zusammen mit letzterem. Das Gesagte bezieht sich aber nicht nur auf Schuldforderungen privatrechtlicher Natur, sondern ebenso auch auf die aus kommunalen, publikem wie überhaupt öffentlich-rechtlichem Titel herrührenden Schulden, wie z. B. Staats- und Gemeindeabgaben aller Art, Magazinschulden etc. und gilt auch für den Fall des Konkurses (vgl. § 129 zit.). Mit andern Worten: das eiserne Inventar kann und darf unter keinen Umständen vom Grundstück abgetrennt werden, es haftet allein für sich niemals, weder für Schulden des Gutsherrn, noch des bäuerlichen Gesinde-

eigenthümers oder Pächters, sondern bleibt für alle Zeiten untrennbar mit dem Grundstück verbunden. Es hängt aber diese Bestimmung der Bauerordnung aufs Engste mit dem Art. 973 B. 9 und 10 und der Anmerkung zu Art. 1842 der Reichszivilprozeßordnung zusammen. Von diesen nimmt B. 10 Art. 973 die (von den örtlichen Zivilgesetzen) als für die bäuerliche Wirthschaft unumgänglich nothwendig anerkannten Mobilien von der Beschlagnahme in jedem Falle ausdrücklich aus, während nach B. 9 desselben Artikels die nach den Zivilgesetzen überhaupt als Zubehör eines Immobils geltenden Mobilien der Beschlagnahme niemals unterliegen. Die Anm. zu Art. 1842 endlich, die dem Art. 105 der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 entspricht, schärft bei Vollziehung der Beschlagnahme die Beobachtung der in den Artt. 565 und 566 Th. III des Prov. R. enthaltenen Vorschriften ein. Diese beiden Artikel handeln von den beweglichen Sachen als Pertinenzen von Grundstücken, die Anm. zu Art. 566 aber nimmt auf das eiserne Inventar der Bauergesinde Bezug und verweist in dieser Hinsicht unter Anderem auch auf die §§ 124 ff. und §§ 225 ff. der livländischen Bauerordnung. Ebenso eng schließt sich an das in § 129 der livl. B. B. ausgedrückte Prinzip der Art. 155 B. 8 des durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 in allen drei baltischen Ostseegouvernements eingeführten Gemeindegerechtsprozesses an. Nach diesem Art. werden nämlich die für die bäuerliche Wirthschaft nothwendigen Mobilien ausdrücklich als von der Beschlagnahme befreit hingestellt. Daß aber unter diesen Mobilien gerade auch das eiserne Inventar der bäuerlichen Grundstücke zu verstehen ist, dürfte bei einer Vergleichung dieses Artikels sowie der im Vorhergehenden erwähnten Artikel der Zivilprozeßordnung mit den vom eisernen Inventar handelnden §§ der livländischen Bauerordnung wohl nicht bezweifelt werden können. Vielmehr ist die Vermuthung, der Gesetzgeber habe, insbesondere was den Art. 155 B. 8 anbelangt, hauptsächlich das eiserne Inventar der Bauergesinde im Auge gehabt, wohl durchaus berechtigt, umso mehr da ja auch die Motive zu diesem Artikel auf die diesbezüglichen Vorschriften der baltischen Bauerordnungen verweisen\*).

Wird aber das Grundstück selbst getheilt, so wird auch das mit ihm untrennbar verbundene eiserne Inventar von der Theilung mit ergriffen. Der diese Bestimmung enthaltende § 130 hat seine praktische Bedeutung ebensowenig eingebüßt, wie der folgende § 131, woselbst es heißt:

„Bei jeder Verpachtung, bei welcher die Errichtung eines eisernen Inventarii zur Bedingung gemacht ist, muß das Aequivalent speziell

\*) Vgl. G a ß m a n n und R o l k e n: Verordnungen B. II S. 73 ad Art. 155.

bezeichnet sein, für welches der Pächter jene Verpflichtung übernommen hat. Ist solches in einem auf Erben und Erbnehmer geschlossenen Pachtkontrakte geschehen, so haben im eintretenden Erbfalle die Erben des Pächters das Recht, entweder das Pachtverhältniß mit Uebernahme der Verpflichtung hinsichtlich des eisernen Inventarii fortzusetzen, oder aber der Pacht gänzlich zu entsagen. Falls die Errichtung eines eisernen Inventarii abhängig gemacht war von dem Genuße gewisser Vortheile aus dem Pachtstück für die Dauer einer stipulierten Frist, und der Pächter vor Ablauf dieser Frist stirbt oder sein Pachtstück verläßt, die Erben aber die Fortdauer der Verpflichtung nicht auf sich nehmen, alsdann wird von dem Komplex des Inventarii, welches nach Ablauf der Kontraktzeit dem Pachtstück als eisernes Inventar verbleiben sollte, nur ein im Verhältniß zur verfloffenen Pachtzeit stehender Theil als eisernes Inventarium angesehen. Dieser Theil wird aus der Hinterlassenschaft des Verstorbenen ausgesondert, während der Ueberschuß der Erbtheilung anheimfällt.“

§ 132 giebt dem Verpächter das Recht, vom jeweiligen Pächter die Komplettilerung des durch Vernachlässigung des letztern oder durch Unglücksfälle inkomplett gewordenen (d. h. der gesetzlichen Höhe nicht mehr gleichkommenden) eisernen Inventars innerhalb einer bestimmten ihm anzuberaumenden Frist, die aber nie weniger als ein Jahr betragen darf, bis zur gesetzlichen Höhe zu verlangen und, falls der Pächter die Forderung des Verpächters nicht erfüllt, nach Ablauf des betreffenden Jahres den Kontrakt als erloschen anzusehen, wobei jedoch der Pächter des Rechts, seine aus dem Kontrakte originierenden Rechte und Verpflichtungen vor Ablauf der Jahresfrist mit Einwilligung des Verpächters dritten Personen zu zedieren nicht verlustig geht, wofern nur der Pessionar sofort bei Uebernahme der Pacht das eiserne Inventar auf die gesetzliche Höhe bringt.

Laut § 201 sind alle Behörden angewiesen, Klagen aus Kontrakten, in die nicht alle in dem vorhergehenden § 200 No. 1—8 aufgezählten Punkte ausdrücklich aufgenommen worden sind, ohne Verfolg zu belassen. Unter diesen bestimmt aber P. 4, daß falls ein eisernes Inventar vorhanden oder konstituiert worden ist, der Zustand des Grundstückes und des eisernen Inventarii genau angegeben sein müssen, damit nach Ablauf der Pachtjahre sowohl das Grundstück als auch das Inventar in derselben Güte und Anzahl wieder abgegeben werden können. Weßhalb diese Vorschriften nicht auch heute noch für die Gerichtsbehörden maßgebend sein sollen, vermag ich nicht einzusehen. Auch den § 290 der B. B. hat Schöler nicht beachtet. Jakobi in seiner (russischen) Ausgabe der Ibl. B. B. v. J. 1860 S. 64 hält freilich diesen Art. für durch die Landgemeindeordnung vom J. 1866 aufgehoben. Dieser § schreibt aber dem Gemeindeggerichte (jetzt dem Gemeindeältesten) vor, in

den von ihm zu führenden Klassenverzeichnissen (vgl. § 286 der B. B.) anzumerken, ob die Grund- oder Pachtstücke der einzelnen Grundeigenthümer oder Pächter mit einem eisernen Inventar versehen sind und welche Höhe dieses Inventar hat. Dieselbe Bestimmung ist auch im § 20 B. f der Landgemeinbeordnung enthalten. Es handelt sich also hier um eine gewisse, bestimmten bauerlichen Organen zustehende Kontrolle der Pächter und Eigenthümer von Bauerlandstellen. Denn sobald das gesetzlich bestehende oder vertragsmäßig konstituierte eiserne Inventar nicht mehr die gesetzliche Höhe erreicht, hat der Gemeindeälteste Solches alsbald in dem von ihm geführten Verzeichnisse zu vermerken. Dadurch widerlegt sich aber auch die Behauptung des Verfassers der Motive\*), daß eine Kontrolle der Unversehrtheit und des wirklichen Vorhandenseins des eisernen Inventars während der Pachtzeit unmöglich sei. — Soviel von den in der libl. Bauerverordnung enthaltenen Bestimmungen über das eiserne Inventar bei Bauergefunden. — Von den auf letzteres Bezug nehmenden Artikeln der Zivilprozeßordnung (Artt. 973 P. 9 und 10 und 1842 sowie Art. 105 der Justiznovelle vom 9. Juli 1889), sowie von dem jenen entsprechenden Art. 155 des durch die Justiznovelle eingeführten Gemeindegerichtsprozesses ist schon die Rede gewesen. Jedoch ist hier noch Einiges nachzutragen. So ist namentlich noch auf Artt. 15 und 18 der zeitweiligen Regeln für das Konkursverfahren vom 9. Juli 1889 hinzuweisen. Die Anmerkung zu Art. 15 verfügt, daß bei Konkursen von Personen bauerlichen Standes die vom Kridaren gepachtete Bauerlandstelle oder das Gesinde sofort nach Eröffnung des Konkurses dem Grundeigenthümer nebst allem Zubehör zurückgegeben werden müsse. Zu einem derartigen Zubehör gehört aber auch das in casu concreto konstituierte eiserne Inventar, welches, da es Pertinenz des Grundstückes ist, gleich dem übrigen Zubehör desselben dem Gutsherrn zu retradieren ist, mit andern Worten also nicht zur Konkursmasse gezogen werden kann. Art. 18 enthält die Bestimmung, daß diejenigen dem Kridaren gehörenden Gegenstände, die laut Art. 973 P. 1—8 und 10 der Zivilprozeßordnung von der Beschlagnahme befreit sind, nicht in die Konkursmasse fließen. Von eben diesem Art. 973 bemerkt aber Art. 105 der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 (Art. 1842 der libl. P. O.), daß bei Handhabung desselben die in den baltischen Provinzen geltenden bürgerlichen Gesetze, folglich also auch die Privatrechtsnormen der drei Bauerverordnungen zu beobachten seien. Jedenfalls aber sind Artt. 15 Anm. und 18 zit., soweit sie sich auf das eiserne Inventar beziehen, auf dem Prinzip der Untrennbarkeit des letztern vom Grundstück gegründet und stimmen zudem

---

\*) Vgl. G a f m a n n u. N o l d e n: Verordnungen B. I S. 295 ad Art. 70 des Krepofireglements.

noch mit Art. 129 der kibl. B. B. vom J. 1860 überein, woselbst ausdrücklich gesagt wird, daß das eiserne Inventar auch im Fall eines Konkurses nicht angetastet werden darf. Endlich muß betont werden, daß der Gesetzgeber in der Anmerkung zu Art. 105 der Justiznovelle (entsprechend Art. 1842 der Ziv. B. O.) wohl schwerlich, wie er es gethan, auf Art. 566 Th. III des Prov. R.s., damit also auch auf die Anmerkung zu diesem Artikel als Nichts, nur bei Anwendung der Artt. 973—975 der Zivilprozeßordnung verwiesen hätte, wenn er nicht von der heutigen praktischen Geltung und Bedeutung der Existenz des eisernen Inventars ausgegangen wäre. Welchen Werth hätte es, die dauernde Untrennbarkeit des zur Pertinenz erhobenen eisernen Inventars vom Grundstück gesetzlich festzulegen, wenn auf dem Wege der Vertreibung die Veräußerung d. h. Abtrennung dieses eisernen Inventars von dem Grundstücke, zu dem es gehört, jederzeit und ohne irgend welchen Schwierigkeiten zu begegnen, möglich sein soll? Hätte daher die Justiznovelle die mehrfach erwähnten Artikel der Zivilprozeßordnung nicht mit den diesbezüglichen privatrechtlichen Normen über das eiserne Inventar, so wie sie in den Bauerverordnungen enthalten sind, in Einklang gebracht, so wäre das auf Erhaltung des bäuerlichen Wohlstandes berechnete Institut des eisernen Inventars allerdings so gut wie werthlos, insofern man nur zu dem Mittel des Scheinprozesses zu greifen brauchte, um eine eventuelle Veräußerung des Inventars zu verdecken, und auch ohne ein solches in fraudem legis Handeln eine jede Vertreibung den Bestand des eisernen Inventars mehr oder weniger affizieren dürfte. Da sie es aber gethan hat, so läßt sich daraus nicht nur auf die diesbezügliche Auffassung, sondern auch auf den Willen, die Absicht des Gesetzgebers zu Gunsten einer unverminderten Aufrechterhaltung dieses Institutes schließen: dies fühlt denn auch der Verfasser der Motive zu Art. 105 der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 (Gafmann u. Nolden Verordnungen B. I S. 79 f.) sehr wohl und deshalb spricht er auch an der soeben genannten Stelle von dem eisernen Inventar wie von einem Rechtsinstitut, dessen große praktische Bedeutung gerade angesichts jener von der Vertreibung und den ihr unterliegenden Gegenständen handelnden Artt. der Zivilprozeßordnung außer allem Zweifel ist.

Was endlich die einschlägigen Artikel des Th. III des Prov. R.s. anbetrifft, so ist von Art. 566 —, der, wie wir hier hinzufügen wollen, sowohl in der offiziellen Fortsetzung zum Th. III des Prov. R.s. v. J. 1890 als auch in der neuesten offiziellen Ausgabe unseres Provinzialkodex vom J. 1893 unalteriert geblieben ist — schon mehrfach die Rede gewesen, dagegen noch nicht von Art. 2529 Anm. 1. Beide Gesetzesstellen beziehen sich auf Fälle, die auch heute noch praktisch sind und im Rechtsleben öfters vorkommen dürften, woher denn ihre Nichtberücksichtigung seitens Schölers letzterem mit umsomehr Zug als Fehler anzurechnen sein dürfte. Es besagt

aber die Anmerkung 1 zu Art. 2529 zit., daß bei Stiftung von adligen Güterfamilienfideikommissen in Ermangelung diesbezüglicher Bestimmungen der Stiftungsurkunde zwar nicht das Gutsinventar, wohl aber das eiserne Inventar der Bauergesinde als von der Fideikommissstiftung ergriffen, mithin zur Fideikommisssubstanz gehörig anzusehen wäre. Diese Bestimmung läßt sich nur aus der von sämtlichen drei Bauerverordnungen statuierten untrennbaren Verbindung des eisernen Inventars mit dem Gesindegrundstück, zu dem es gehört, erklären. Also auch hier haben wir ein noch heute geltendes positives Gesetz, das die unverminderte Geltung des eisernen Inventars für das baltische Rechtsleben der Jetztzeit zu seiner unmittelbaren Voraussetzung hat und von letzterer geradezu ausgeht.

Man muß also im Gegensatz zu Schöler auf Grund der bestehenden Gesetze und thatsächlichen Verhältnisse zu dem Resultat gelangen, daß:

I. das eiserne Inventar der Bauergesinde, wie es in der libländischen B. B. vom J. 1860 statuiert wird, ein noch heute geltendes, praktisch bedeutsames Rechtsinstitut ist, und

II. der Entstehungsgrund zur Verpflichtung, ein eisernes Inventar zu konstituieren und zu unterhalten ein doppelter ist, nämlich

1) das Gesetz, wie in dem Falle eines auf zwei Vererbungen abgeschlossenen Pachtkontraktes und dem in § 194 der B. B. v. J. 1860 vorgesehenen eigenthümlichen, von Schöler als Erbrecht, von uns als ideelle oder qualifizierte Verbindung bezeichneten Fall, und

2) der Vertrag, mittelst dessen dem einen oder dem andern Kontrahenten die Konstituierung des eisernen Inventars zur Pflicht gemacht wird.

Mit dem Vorhergehenden soll also durchaus nicht gesagt werden, daß ein eisernes Inventar bei jedem einzelnen, zwischen Gutseigenthümer und Bauer geschlossenen Pacht- oder Kaufkontrakt konstituiert werden muß. Immerhin aber sind die Anwendungsfälle dieses Institutes noch zahlreich genug und rechtfertigen daher unsere im Gegensatz zu Schöler vertretene Behauptung, daß das eiserne Inventar der Bauergesinde ein noch durchaus lebensfähiges Rechtsinstitut von nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung ist.

Von derselben Voraussetzung, nämlich der heutigen Geltung und praktischen Bedeutung des eisernen Inventars geht, wie es scheint, auch die Senatsentscheidung vom 18. Mai 1892 sub No 22 aus und die Motive zu Art. 105 der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 (Gashmann u. Nolden B. I S. 79 f.) erkennen dieses Rechtsinstitut gleichfalls an.

Dasselbe thut die Literatur des Privatrechts, so z. B. Erdmann in seinem „System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Esth- und Kurland“ B. I (1889) § 31 S. 162, v. Güldenstübbe: Handbuch des livländischen Bauer-Privatrechts (Dorpat 1879) passim, Kiseritzky: Livländische Bauer-Verordnung, am 13. November 1860 Allerhöchst bestätigt (nichtoffizielle (deutsche) Ausgabe, Riga 1900) S. 94 Anm. und passim. Neutern (Рейтернъ) in seinem Werk: „Сборникъ узаконеній о крестьянхъ прибалтійскихъ губерній B. I u. B. III Th. 4 und 5 (neueste Ausgabe: Petersburg 1898) passim und Jakobi (Якоби) in seiner schon früher erwähnten russischen (nicht offiziellen) Ausgabe der livl. B. B. vom J. 1860 passim.\*) —

Hatten wir es im Vorhergehenden im Wesentlichen nur mit einer vielleicht durch eine gewisse Animosität des geehrten Herrn Verfassers gegenüber der fortdauernden Existenz des Bauerprivatrechts — ein Punkt, auf den wir am Schlusse dieser Abhandlung noch zurückzukommen gedenken — beeinflussten irrthümlichen Auffassung zu thun, so soll im Nachstehenden auf einige Unterlassungssünden des Verfassers hingewiesen werden, die sich in der Nichtberücksichtigung verschiedener für das livländische Bauerprivatrecht wichtiger Fragen äußern, von denen wir wiederum nur die wichtigsten berühren wollen.

Auf S. 404 des Juniheftes bespricht der Verfasser den § 977 (985 ist offenbar ein Druckfehler) der livländischen Bauerverordnung und kommt dabei zu dem durchaus richtigen Ergebnisse, daß es nicht, wie im deutschen Text steht: „nach erlangter Mündigkeit“, sondern anstatt dessen vielmehr: „nach erlangter Volljährigkeit“ heißen muß. Hiergegen wollen und können wir also nicht polemisieren, wohl aber wundern wir uns, daß Schüler eine andere, in dem zitierten § 985 liegende Schwierigkeit gar nicht einmal bemerkt zu haben scheint. Der russische Text dieses § lautet:

„Достигнушіе совершеннолѣтія пользуются восстановленіемъ своихъ правъ вопреки законной давности, если предъявлять искъ о томъ въ теченіе одного года и шести недѣль со дня достиженія ими совершеннолѣтія.“

---

\*) Kiseritzky geht sogar soweit, daß er den § 225 der B. B. in jedem Fall als eine für die KreposiBehörden bindende Vorschrift hinstellt, vgl. dessen „livl. Bauerverordnung“ S. 94 und 122. Wie sehr übrigens sowohl dieser als auch Jakobi die praktische Bedeutung des eisernen Inventars anerkennen, geht unter Anderem auch noch aus dem Umstande hervor, daß beide Juristen die Tabelle über die verschiedene Höhe des eisernen Inventars je nach der Hafenzahl des Grundstückes in ihre Ausgaben aufgenommen haben (vgl. Kiseritzky S. 91 u. Jakobi S. 195. (Beilage lit. c zu § 124 der B. B.) Siehe auch noch das alphabetische Wort- und Sachregister zur Jakobischen Ausgabe S. 270.



Im deutschen Text heißt es:

„Mündiggewordene können ihr Recht gegen die gesetzliche Verjährung binnen einem Jahr und sechs Wochen nach erlangter Mündigkeit geltendmachen.“

Nach der unklar gehaltenen deutschen Fassung dieses § könnte es zweifelhaft erscheinen, ob derselbe von der Verjährung oder der Ersizung zu verstehen ist. Vergleicht man aber diesen § mit dem § 393 der livl. Bauerverordnung vom J. 1819, in welchem es heißt:

„Малолѣтніе, въ случаѣ пропущенія законной давности, пользуются возстановленіемъ своего права, если они въ теченіе одного года и шести недѣль, считая со вступленія ихъ въ совершеннолѣтіе, будутъ просить о томъ,“

so dürfte schon aus der Wendung: „въ случаѣ пропущенія“ d. h. „im Falle, wenn sie die Verjährung haben verstreichen lassen“ hervorgehen, daß der Gesetzgeber mit „давность“ hier nur die erlöschende oder „Klagenverjährung“, nicht aber die „Ersizung“ im Auge gehabt haben kann. § 393 ist offenbar die Quelle, aus der § 977 zit. geschöpft hat.

Wie dem nun auch sein mag, in jedem Falle widerspricht § 977 zit. nicht nur in der Theorie allgemein anerkannten Rechtsprinzipien, sondern auch positivem im Th. III des Provinzialrechts der Ostseeprovinzen enthaltenen Gesetzesvorschriften. Denn weder die Ersizung noch die Verjährung können ihren Lauf beginnen, solange der dadurch Verlierende minderjährig ist (und sich in Folge dessen noch unter Vormundschaft befindet (vgl. Artt. 858 und 3625 P. 3). Kann aber die Verjährung gegen den Minderjährigen garnicht einmal beginnen, wie kann dann überhaupt die Voraussetzung des § 977 zit., nämlich der Verlust des Klagerrechts (resp. des Eigenthumsrechts bei der Ersizung) eintreten?

Sobiel steht fest und das muß man im Auge behalten: im § 977 strebt der Gesetzgeber den Schutz der minderjährigen Personen für die Zeit der Dauer ihrer Minderjährigkeit an. Allein er thut das auf einem andern Wege, wie Art. 3625 P. 3 zit. Er läßt die Verjährung auch gegen den Minderjährigen ablaufen, giebt aber dem dadurch Verlierenden das Recht, binnen einer bestimmten, vom Datum der erlangten Volljährigkeit zu berechnenden Frist um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die abgelaufene Verjährung zu bitten.\*) Einfacher, durchgreifender und sicherer ist aber doch jedenfalls der vom allgemeinen Provinzialrecht in Ueber-

\*) Daß es sich hier um die Restitution handelt, geht aus dem russischen Text des § 977 hervor, insofern der daselbst gebrauchte Ausdruck: „возстановленіе своихъ правъ“ sich mit dem schon aus dem gemeinen Recht bekannten Terminus: „Restitutio“ oder „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ genau deckt.

einstimmung mit der Doktrin eingeschlagene Weg, die Verjährung für die Zeit der Minderjährigkeit überhaupt nicht beginnen zu lassen. Bei der Bestimmung des § 977 ist der Schutz des dem Minderjährigen zustehenden Rechtes doch ein recht problematischer, denn falls nun der Volljährige die Frist von einem Jahr und sechs Wochen für die Geltendmachung der Restitution nicht benutzt, so ist es im Resultat faktisch so, als ob der Minderjährige als solcher d. h. für die Dauer seiner Minderjährigkeit ohne rechtlichen Schutz war. Ja im Grunde genommen, kann man eigentlich kaum sagen, der § 977 zit. bezweckt den Schutz des Minderjährigen. Richtiger wäre es zu sagen: nur der Volljährige ist es, der eines solchen Schutzes theilhaftig wird, allein bei Ertheilung des Schutzmittels der Restitution wird auf die Zeit der Minderjährigkeit zurückgegriffen. Wenn aber die Minderjährigen nach Bauerrecht in dem angegebenen Falle bloß auf die oft schwer durchführbare Restitution angewiesen sein sollen, ohne sich auf den in Art. 3625 B. 3 Th. III des Prov. R. statuierten Stillstand der Verjährung für die Zeit der Minderjährigkeit berufen zu können, so würden sie, die Schutzbedürftigern, thatsächlich um vieles schutzloser als die Volljährigen, für die der osterwähnte § 977 der B. B. doch gerade gelten soll, dastehen, was unmöglich der als vernünftig vorauszusetzenden Intention des Gesetzgebers entsprechen dürfte.

Zieht man aber in Erwägung, daß alle drei Bauerverordnungen (auch in der esthländischen und kurländischen B. B. findet sich dieselbe Bestimmung) zum größten Theil von Nichtjuristen, denen mithin auch in der Doktrin allgemein anerkannte Rechtsprinzipien sehr wohl fremd sein konnten, verfaßt worden sind, daß der Th. III des Provinzialrechts erst nach der libländischen (sowie der esth- und kurländischen) Bauerverordnung erlassen worden ist, sowie endlich daß der zur Ergänzung der Bauerverordnungen dienende Th. III des Prov. R. in den von der Verjährung (resp. Erziehung) handelnden Artikeln allgemeinen keinerlei Hinweis darauf enthält, daß im Bauerprivatrecht abweichend von der Regel die Verjährung auch gegen Minderjährige laufe — wodurch die Bauern, gewiß entgegen der gesetzgeberischen Absicht, de facto ungünstiger als die übrigen Personenklassen gestellt sein würden — so kann man offenbar nur zu dem einen Resultat gelangen, den § 977 der Libl. B. B. als durch den Art. 3625 B. 3 zit. Th. III des Prov. R. aufgehoben zu erachten, denn *lex posterior derogat legi priori*\*).

\*) Schüler freilich betont — wenn auch in einer anderen Beziehung — auf S. 405 Note 1 des Juniheftes die Eigenschaft des Th. III des Prov. R. als einer *lex generalis*, die eine *lex prior specialis*, nämlich das Recht der Libl. B. B. an sich nicht aufheben könne. Ich will die Richtigkeit des Satzes: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* natürlich nicht in Abrede stellen, ich halte nur seine Anwendbarkeit auf vorliegenden Fall für zweifelhaft oder doch wenigstens für nicht entscheidend.

Auf S. 404 ff. des Juniheftes kommt Schöler auch auf die Frage der Geschlechtsvormundschaft zu sprechen, die er auf Grundlage der §§ 954, 967 und 778 B. 3 der Bibl. B. B. v. J. 1860 im Allgemeinen noch heute für gültig erklärt. Auch hier glaube ich eine von dem geehrten Herrn Verfasser abweichende Ansicht vertheidigen und trotz jener §§ die Geschlechtsvormundschaft als im Livländischen Bauerprivatrecht nicht oder nicht mehr begründet hinstellen zu können. — In der Literatur ist die Stellungnahme zu dieser Frage keineswegs einheitlich. Bunge in seinem „liv- und estländischen Privatrecht“ Bd. I § 45 S. 82 f. will die Geschlechtskuratel über unverheirathete Frauenspersonen und Wittwen — die er übrigens fälschlich daneben als „Vormundschaft“ bezeichnet — nach Livländischem Bauerrecht in vollem Umfange aufrechterhalten wissen und Erdmann System Bd. I S. 85 stimmt mit ihm überein, insofern er es gleich dem Vorigen der unverheiratheten Bäuerin zur Pflicht macht, sich einen Kurator zu wählen.\*) Dagegen scheint Gölldenstube: „Handbuch des livländischen Bauer-Privatrechts“ (1879) S. 24 die Kuratelwahl der unverheiratheten Bäuerin — über die bäuerliche Wittwe läßt er sich wie Erdmann l. c. nicht aus — nicht als eine Pflicht, sondern nur als ein Recht der Unverheiratheten aufzufassen, dessen Gebrauch oder Nichtgebrauch von dem Belieben der Berechtigten abhängt, während Kieferitzky in seiner Ausgabe der „Livländischen Bauer-Verordnung I“ (1900) S. 112 Anm. diese Geschlechtskuratel als durch die Bestimmungen des neuen Rechts, nämlich des Th. III des Prov. R. Art. 512—515, schlechtweg aufgehoben erklärt.

Meiner Ansicht nach dürfte die Auffassung Gölldenstubes, wonach die Wahl eines Kurators nur ein Recht der unverheiratheten Bäuerin, allein keineswegs eine Pflicht ist, am Meisten für sich haben. Nur ist der Weg, auf welchem ich zu diesem Resultate gelange, ein von Gölldenstube abweichender. Letzterer beruft sich in der Fußnote zum § 26 außer auf den Art. 954 der Bibl. B. B. v. J. 1860 auch auf den Art. 512 Th. III des Prov. R., der den Grundsatz enthält, daß eine volljährige Jungfrau berechtigt ist, sich einen Geschlechtskurator zu erwählen und sich seines Rathes resp. seiner Unterstützung erforderlichen Falles zu bedienen. Gölldenstube hält also entweder die betreffende Bestimmung des Bauerrechts durch das spätere Recht, nämlich den Theil III des Prov. R. Art. 512 für aufgehoben oder er will nur die ungenaue und sehr allgemein gehaltene Bestimmung des § 954 zit. der B. B. durch den Th. III des Prov. R. subsidiär ergänzt wissen.

---

\*) Mit Recht tabelt Schöler l. c. an Erdmann, daß er in der im Text angezogenen Stelle seines Systems nur von der Geschlechtskuratel über unverheirathete Frauenzimmer spricht, ohne der Wittwen Erwähnung zu thun.

Hierbei dürfte jedoch zu wenig Gewicht auf die eigenthümlichen Bestimmungen des Bivländischen Bauerprivatrechts selbst, insbesondere aber auf das Verhältniß des § 954 zu andern §§ der B. B. gelegt worden sein, aus dem sich m. E. n. mit ziemlicher Sicherheit ergibt, daß dem Bivl. B. B. eine obligatorische Ernennung von Kuratoren für unverheirathete Frauenzimmer fremd ist und letztere auch zu einer Wahl solcher Kuratoren garnicht verpflichtet sind, womit auch eine konstante Praxis übereinstimmen dürfte.

Der mehrermähnte § 954 der Bivl. B. B. vom J. 1860 lautet in deutscher Fassung folgendermaßen:

„Für die Vermögensverwaltung und Erziehung der Unmündigen sorgen Vormünder. Für Abwesende (in gewissen durch die Gesetze bestimmten Fällen), für gerichtlich anerkannte Verschwender, den schlechten Haushalter und Blödsinnige werden gerichtlich Vormünder bestellt, unberathene mündige Frauenzimmer wählen sich selbst Kuratoren.“

Im russischen Text heißt es:

„Объ управленіи имѣніемъ и воспитаніи несовершеннолѣтнихъ, имѣютъ попеченіе опекуны. Къ находящимся въ отсутствіи (въ нѣкоторыхъ случаяхъ, законами опредѣленныхъ), къ признаннымъ, по суду, расточителями или нерачительными хозяевами и слабоумными, опредѣляются отъ суда попечители; а безпомощныя совершеннолѣтнія женщины сами избираютъ таковыхъ.“

Allen zuvor ist zu beachten, daß der § 954 zwischen Vormündern und Kuratoren unterscheidet. Der Pflichtenkreis, die Stellung eines Vormundes sind, im Allgemeinen — wenn man § 967 derselben B. B. in Erwägung zieht — keine wesentlich anderen als die eines Kurators. § 954 kennt Vormünder nur für Minderjährige (fälschlich im deutschen Text als „Unmündige“ bezeichnet). In allen andern Fällen werden Kuratoren ernannt, was wie gesagt, ziemlich unterschiedslos ist. Nun heißt es zum Schluß des § 954, daß volljährige unberathene Frauenzpersonen sich selbst Kuratoren wählen. Wir müssen uns nun zuerst die Frage vorlegen: was versteht das Gesetz oder was will es verstehen unter dem Ausdruck: „unberathene“? Offenbar solche, die Niemanden haben, der ihnen mit Rath oder That helfend zur Seite stehen könnte, die ohne Hilfe sind. Für diese Auslegung scheint auch der russische Ausdruck: „безпомощныя“ d. h. solche die ohne Hilfe d. h. hilflos sind, zu sprechen. Am Präzisesten ließe sich vielleicht: „unberathene“ = „безпомощныя“ mit „alleinstehende“ wiedergeben. Damit ist gesagt, daß volljährige Bäuerinnen, denen Verwandte oder gar Ehemänner zur Seite stehen, eo ipso nicht zu den

„unberathenen“ gerechnet werden können, mithin von der Wirksamkeit des § 954 zit. anzunehmen sind. — Dieser § erwähnt der Wittwen nicht besonders, allein es unterliegt keinem Zweifel, daß auch diese vom Gesez in den „unberathenen“ Frauenspersonen stillschweigend einbegriffen sind; wenigstens wird zwischen Wittwen und unverheiratheten Frauenspersonen im Geseze nicht unterschieden und wo das Gesez nicht unterscheidet, dürfen auch wir keinen Unterschied machen. Dazu kommt auch noch, daß Wittwen ganz ebenso „unberathen“, allein stehend und hilflos zurückbleiben können wie unverheirathete Frauenspersonen, ja, sie werden häufig — man denke nur an die unbemittelte mit Kindern zurückbleibende Wittwe, der keine Verwandten zur Seite stehen — noch viel schuzbedürftiger als die Unverheiratheten dastehen und in solchen Fällen würde es jeglicher Vernunft widersprechen, wenn der Gesezgeber den schuzbedürftigern Personen seinen Schuz in geringerem Maaße zu Theil werden läßt, als den weniger schuzbedürftigen. Endlich ist auch nicht zu vergessen, daß die fräuliche imbecillitas Wittwen ebenso wie Unverheirathete trifft. — Was heißt es nun aber, wenn § 954 in fin. sagt: „Unverheirathete unberathene Frauenspersonen wählen sich selbst Kuratore („сами избирают таковых“ im russischen Text)? Soll damit — wie Erdmann und Schöler annehmen — gesagt sein, daß sie geradezu verpflichtet sind, sich Kuratore zu wählen oder daß sie dazu bloß berechtigt sind? Meiner Ansicht nach sprechen überwiegende Gründe für letztere Auslegung. § 954 zit. giebt den betreffenden Personen offenbar nur ein Recht, sich (für immer oder nur für bestimmte einzelne Fälle) Kuratore zu erwählen. Das geht erstens schon aus dem Präsens: „wählen sich“ „избирают“ hervor. Hätte der Gesezgeber eine dahin gehende Verpflichtung der unberathenen volljährigen Frauenspersonen statuieren wollen, so hätte er nicht die Verbalform des Präsens sondern eine imperativische Form wählen müssen, er hätte dann etwa sagen müssen: „müssen oder sollen sich wählen“ „должны избирать“. Die de facto gewählte Form des Präsens vom Zeitwort „wählen“ kann demnach nur in dem Sinne von: „pflegen sich zu erwählen“ oder „können sich erwählen“ verstanden werden. Zu Gunsten dieser Auslegung spricht auch noch der Umstand, daß es dem § 954 zit. in der uns vorliegenden äußern Gestaltung an jeglicher Sanktion mangelt: das Gesez jagt nicht, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die betreffende Bäuerin sich keinen Kurator erwählt hat, wenn sie z. B. gerichtliche oder außergerichtliche Handlungen ohne Heranziehung eines solchen vornimmt und das erklärt sich eben daraus, daß es sich hier lediglich um ein bestimmten Personen zustehendes Recht handelt, das je nach Belieben ausgeübt oder nicht ausgeübt werden kann, ohne daß letzternfalls irgend welche rechtsnachtheilige Folgen für die Bäuerin eintreten können. Auch in der Viol. B. B. vom J. 1819 lautet der die Quelle des § 954 bildende § 371 ganz ebenso: „wählen sich“ oder

russisch: „избирають“. Anders im Kurländischen Bauerprivatrecht, woselbst in Gemäßheit des § 79 der Kurl. B. B. Bäuerinnen keinerlei rechtliche Handlungen ohne einen Kurator vornehmen können, was wohl nur heißen kann, daß die Unterlassung einer solcher Zuziehung Nullität der betreffenden rechtlichen Handlungen nach sich zieht, während das Esthländische Bauerrecht der Geschlechtskuratel gar keine Erwähnung thut. — Die von der Vib. B. B. gewählte Form des Präsens kann also, verglichen mit der Kurl. B. B. keinen andern Sinn als den von uns angegebenen haben. — Nicht zu übersehen ist endlich auch, daß die Stellung, der Pflichtenkreis des (erwählten) Kurators vom Bauerrecht gar nicht näher spezialisiert sind, während Solches hinsichtlich der Vormünder allerdings geschieht (vgl. §§ 955 u. 956 der Vib. B. B. vom J. 1860), was sich gleichfalls daraus erklärt, daß die rechtliche Stellung eines solchen Kurators mit der sich daraus ergebenden Haftung mehr die eines bloßen Rathgebers ist, den man nach Belieben zuziehen oder nicht zuziehen kann. Eine Aufhebung des § 954 zit. durch den im J. 1864 emanirten Th. III des Prov. Rk, insbesondere durch die Artt. 512 ff. läßt sich nicht behaupten, denn die B. B. vom J. 1860 ist zwar *lex prior*, aber dafür *lex specialis*, wogegen der Th. III des Prov. Rk zwar *lex posterior*, aber dafür *lex generalis* ist. Man würde also solchenfalls gegen den Satz: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* verstoßen. Wohl aber ist es gestattet, ja nach Art. XII der Einl. zu Th. III des Prov. Rk sogar geboten, etwaige Lücken der Bauerrechte, somit also auch des Vibländischen Bauerprivatrechts, durch die diesbezüglichen Normen des Landrechts zu ergänzen, das in jeder Hinsicht als Subsidiarrecht des betreffenden Bauerrechts zu gelten hat. Nun ist aber Vexterem d. h. dem Th. III des Prov. Rk, die Geschlechtskuratel als obligatorisches Rechtsinstitut d. h. die obligatorische Bestellung resp. Wahl eines Kurators für volljährige unverheirathete Frauenspersonen gänzlich unbekannt. Bestellung und Wahl eines solchen Geschlechtskurators sind vielmehr nur fakultativ d. h. dem Ermessen der Berechtigten anheimgestellt. Das geht aus den Artt. 512—515 auf das Unzweifelhafteste hervor. Die Großjährigkeit wird als der Termin bezeichnet, mit dessen Eintritt die betreffenden Frauenspersonen die selbstständige Verwaltung ihres Vermögens erlangen. Jedoch soll es ihnen nicht verwehrt sein, sich dabei des Rathes und der Unterstützung eines Mannes in der Eigenschaft eines Geschlechtskurators zu bedienen, den sie sich entweder selbst wählt oder durch das Waisengericht wählen läßt, ohne daß es irgend einer obrigkeitlichen Bestätigung bedarf und zwar ist es der betreffenden Jungfrau anheimgestellt, sich für alle ihre Angelegenheiten einen beständigen Kurator zu erwählen oder zu erbitten oder einen solchen nur von Fall zu Fall zu wählen. Was aber die rechtliche Stellung dieses in *casu concreto* ein für allemal oder nur für einen bestimmten einzelnen Fall

gewählten Geschlechtsskurator's anbetrifft, so wird sie — was für die Ergänzung des in dieser Hinsicht gänzlich schweigenden Bivländischen Bauerprivatrechts besonders wichtig ist — dahin näher präzisiert, daß sie die eines Beirathes oder Assistenten ist, sowie ferner, daß sie den Kurator, da er keine Vermögensverwaltung hat, auch zu keinerlei Rechenschaftsablegung verpflichtet und ihn auch nur gleich einem Rathgeber haften läßt. Alles das wird somit auch für das Privatrecht der Bivl. B. v. J. 1860, deren § 954 erst jetzt in das richtige Licht gerückt wird, gelten müssen. Man begreift jetzt, weshalb es in diesem § heißt: „wählen sich“ und nicht: sollen oder müssen sich wählen“ und ebenso ist es jetzt klar, daß dieses Gesetz zwischen dem Vormund und dem (von der Jungfrau resp. Wittwe gewählten) Kurator nicht etwa bloß zufällig d. h. bloß dem Namen oder der Bezeichnung nach unterscheidet, sondern vielmehr in dieser Hinsicht einen sehr bewußten Unterschied macht, insofern auch nach Bivländischem Bauerrecht ein solcher freiwillig gewählter oder erbetener Kurator nur die Eigenschaft eines Rathgebers oder Assistenten hat und nur als solcher haftbar erscheint, ohne zur Rechenschaftsablegung verpflichtet zu sein, was bei einem Vormund ganz anders ist.

Wäre es anders und wollte man entgegen dem § 954 zit. und dem Art. 512 Th. III des Prov. Rs auch dem Kurator der Jungfrau die Stellung eines Vormundes vindizieren, den sie obligatorisch bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden und von Todeswegen, bei jedem einzelnen Dispositionsakt über ihr Vermögen sowie nicht zum Letzten bei Vornahme prozessualischer Handlungen bei Strafe der Nichtigkeit des Vorgenommenen hinzuziehen verpflichtet wäre, so würde man doch schon mit § 953 des Bivl. B. v. J. 1860 in unlösbaren Konflikt gerathen. Dieser wiederum in voller Uebereinstimmung mit Art. 512 Th. III des Prov. Rs stehende, von Schöler in diesem Zusammenhange garnicht beachtete § läßt nämlich die Bivländische Bäuerin mit zurückgelegtem 21-ten Lebensjahre in die freie Disposition ihres Vermögens treten. Das kann doch nur heißen: sie kann selbstständig und ohne eines Kurators oder gar eines Vormundes zu bedürfen über ihr Vermögen mit voller Freiheit, nach eigenem Gutdünken verfügen, sie kann veräußern, verpfänden, alle nur möglichen Verträge darüber schließen, über ihr Vermögen letztwillige Verfügungen treffen etc. Das Alles hätte aber gar keinen Sinn und wäre nichts mehr als ein toter Buchstabe, wenn man jetzt dennoch die Gültigkeit solcher Rechtsakte von der Zuziehung eines Geschlechtsskurator's abhängig machen resp. überhaupt der Jungfrau resp. Wittve die Wahl eines solchen zur Pflicht machen wollte. Steht ihr aber die Wahl eines Kurators frei, der ja — wie wir gesehen haben — ohnehin zu ihr in dem Verhältnisse eines bloßen Rathgebers steht, so muß es ihr offenbar auch freistehen, ob sie ihn in casu concreto zu dem von ihr abzuschließenden

Rechtsgeschäfte zuziehen will oder nicht, denn das Gesetz sagt nicht, daß die Dispositionsfähigkeit resp. Berechtigung der Zibländischen Bäuerin durch die Wahl resp. Zuziehung eines Kurators irgend eine Beschränkung oder Minderung erfahren soll. Folglich ist es für die Gültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts irrelevant, ob sie den Kurator zuzieht oder nicht. Der ratio des § 954 zit. in sin. liegt die offenbare Absicht des Gesetzgebers zu Grunde, der unberathenen ledigen Frauensperson (sowie der Wittwe) die Möglichkeit zu geben, sich bei Verwaltung ihres Vermögens resp. Vornahme aller nur denkbaren Rechtsakte vor eventueller Ausbeutung (durch die Wahl eines Beistandes) zu schützen; eine Beschränkung der Dispositionsfähigkeit konnte von ihm nicht gewollt sein. Sollte aber die Vornahme von Rechtsakten seitens der obengenannten Personen ungültig sein, falls ein Kurator nicht gewählt oder der Gewählte nicht zugezogen wurde, so könnte man eben nicht sagen, daß beispielsweise die volljährige unverheirathete Bäuerin die volle und freie Dispositionsberechtigung über ihr Vermögen hat; vielmehr wäre sie der Minderjährigen, der Kurator also dem Vormund gleichgestellt: § 954 würde also den § 953 einfach aufheben, was nicht vorauszusetzen ist. — Setzt erklären sich auch die übrigen §§ des Zibl. B. B. vom J. 1860, auf die sich Schöler zur Rechtfertigung seiner Ansicht über die Geschlechtskuratel des Zibländischen Bauerprivatenrechts beruft, so namentlich die §§ 199, 778 Pkt 3 und 967. Letzterer § ist am Wenigsten geeignet, zur Unterstützung der Schöler'schen Ansicht zu dienen, denn aus demselben erfahren wir ausdrücklich, daß die für die Vormünder resp. Kuratoren hinsichtlich der Vermögensverwaltung geltenden Vorschriften auf die Kuratoren volljähriger Frauenspersonen nicht auszudehnen seien, was mit dem in den Artt. 512 ff. Th. III des Prov. R. S. ausgedrückten Principe durchaus übereinstimmt. Offenbar sollen also volljährige Frauenspersonen nach dieser Richtung hin eine völlig selbstständige Stellung einnehmen. — Da nun aber das Recht zu verpachten oder zu pachten mit in den Kreis der aus einem Komplex von Rechten und Pflichten bestehenden Vermögenssphäre einer Person gehört, so läßt sich schon daraus entnehmen, daß dem § 199 der Zibl. B. B. v. J. 1860, der die Gültigkeit der von volljährigen Frauenspersonen unterschriebenen Pachtkontrakte von der Mitwirkung resp. Erlaubniß des Kurators abhängig macht, keine nennenswerthe praktische Bedeutung beigelegt werden kann, ja, daß man dessen verbindliche Kraft überhaupt in Abrede stellen muß, womit auch die in dieser Beziehung namentlich auch von den Bauerkommissaren und Notaren beobachtete Praxis übereinstimmt, denn es braucht ja eben in casu concreto gar kein Kurator seitens der volljährigen Jungfrau gewählt worden zu sein und wo er gewählt ist, handelt er eben nur als Rathgeber, dessen Rath wohl nützlich sein kann, aber nicht als zur Aufrechterhaltung eines gegebenenfalls geschlossenen Rechtsgeschäfts unerläßlich anzusehen ist. Es wäre daher ebenso unnöthig wie



unrichtig, die Bestimmung des § 199 zit. auf die Fälle beschränken zu wollen, wo die betreffenden Frauenspersonen sich thatsächlich Kuratoren erwählt haben. Dieser § macht in der That den Eindruck eines aufzuheben vergessenen Gesetzes.

Im Zusammenhang mit dem § 199 der Zivil. B. B. ist der § 778 B. 3 zu behandeln. Derselbe hat in seinem 2-ten Theile die sogenannte „kriegerische Vormundschaft“ über die Frauenspersonen bürgerlichen Standes zu seinem Gegenstande und bestimmt, daß Ehefrauen nicht anders als unter Assistenz ihrer Ehemänner gerichtliche Klage erheben können, wogegen volljährige Wittwen und Mädchen sich einen Beirath wählen müssen. Allein dieser § kann heutzutage zweifellos keine Geltung mehr beanspruchen, da er auf der vor Einführung der Justizreform vom Jahre 1889 den Gemeindegerechtsprozeß durchweg beherrschenden Inquisitionsmaxime beruhte. Danach waren — wie in § 765 der Zivil. B. B. hervorgehoben wird — die Gemeindegerechte gehalten, selbstthätig und von sich aus Umstände, die der einen oder andern Parthei zugutekamen, die aber aus Rechtsunkenntniß, Unwissenheit oder Irrthum von derselben nicht geltendgemacht worden, zu berücksichtigen, insbesondere auch eine Parthei auf die ihr gebührenden Rechtswohlthaten aufmerksam zu machen. War namentlich eine Klage offenbar ungültig angestellt oder von einer Person erhoben worden, der die Fähigkeit vor Gericht aufzutreten entweder garnicht oder nicht vollkommen zustand, so mußte das Gericht die Klage ex officio abweisen, ohne eine dies bezüglich zurückweisende Einrede des Gegners abzuwarten, was namentlich auch für die Verjährungseinrede galt (vergl. auch § 778 B. 2). Strenge also eine Frau ohne ehemännliche Assistenz oder eine Wittve resp. majorenne Jungfrau ohne Kurator gerichtliche Klage an, so mußte das Gericht eine solche Klage schon von sich aus abweisen. Mit der Einführung der auch den Gemeindegerechtsprozeß reformierenden Justiznovelle v. 9. Juli 1889 mußte das anders werden. Der Gemeinde- resp. Oberbaurgerichtsprozeß ist nicht mehr auf der Inquisitionsmaxime, sondern gleich allen modernen Zivilprozeßordnungen und so namentlich auch der russischen Reichszivilprozeßordnung — die den Gemeindegerechtsprozeß in seinen Lücken zu ergänzen hat — auf der Verhandlungsmaxime basiert (vgl. Artt. 1 ff. u. Art. 36 des Gemeindegerechtsprozesses, B. II der Verordnungen, A. II.). Das Gemeindegerecht kann nur diejenigen Umstände berücksichtigen, die von den Partheien selbst zur Sprache gebracht werden und auf die sie sich berufen. Insonderheit ist das Gemeindegerecht nach Art. 33 zit. nicht einmal dann berechtigt, die Verhandlung der Sache ohne Einrede des Beklagten zu verweigern d. h. also die Klage abzuweisen, wenn nicht das angerufene Gemeindegerecht, sondern ein anders zuständig ist oder wenn dasselbe den Ständerechten der Parthei nach überhaupt nicht zuständig ist. Nur einen einzigen Fall kennt der Gemeindegerechtsprozeß, wo das Gemeindegerecht

verpflichtet ist, von sich aus und ohne eine dies bezügliche Einwendung der Parthei abzuwarten, das fernere Verfahren in der Sache einzustellen, nämlich wenn es ersieht, daß die erhobene Klage nicht zur Zahl der auf Grund der Artt. 7 u. 9 dieses Prozesses der Gerichtsbarkeit der Gemeindeggerichte unterliegenden Sachen gehört.\*) Diese Sachen sind: Klagen aus vermögensrechtlichen Abmachungen jeglicher Art sowie wegen Schadensersatz, falls es sich dabei um eine Summe von mehr als hundert Rubeln handelt, Klagen wegen Wiederherstellung des gestörten Besizes in den Grenzen der Landgemeinde, wenn seit der Störung nicht mehr als ein Jahr verflossen ist, sowie wegen Wiederherstellung der verletzten Nutzung von Dienstbarkeiten, wenn seit der Verletzung nicht mehr als im Jahr verflossen ist und endlich Klagen aus dem Eigenthum, Pfandrecht, Servituten und andern an Immobilien bestehenden dinglichen Rechten. — Der Nichttheilnahme des Ehemannes an dem von seiner Frau begonnenen Rechtsstreite und noch weniger einer Nichtmitunterzeichnung der schriftlich eingereichten Klage geschieht keine Erwähnung. Dementsprechend hat denn auch Art. 5 des Gemeindeggerichtsprozesses die frühere Beschränkung der Ehefrauen resp. der Personen weiblichen Geschlechts überhaupt in der Prozeßführung aufgehoben, was unwiderleglich daraus erhellt, daß unter den der Prozeßfähigkeit beraubten Personen, wie den Unmündigen, Geisteskranken, insolventen Schuldnern und den gerichtlich als Verschwenker erklärten Personen die Personen weiblichen Geschlechts — sofern sie eben nicht mit unter die Kategorie der eben aufgezählten fallen — nicht erwähnt werden\*\*). Die kriegerische Vormundschaft, dieses Schmerzenskind der baltischen Rechtsliteratur, hat also nicht nur im allgemeinen ostseeprovinziellen Privatrecht, sowie es in der Kodifikation vom J. 1864 niedergelegt ist, sondern auch für das in Livland geltende Bauerprivatrecht und den bäuerlichen Prozeß ihre Rolle definitiv ausgespielt und ist als aufgehoben zu betrachten. Andererseits folgt aber daraus indirekt die Unmöglichkeit, dem § 199 der Zivil. B. B. noch fernerhin praktische Geltung beizulegen resp. ihn als Argument für die Existenz der Geschlechtsvormundschaft im livländischen Bauerrecht zu benutzen. Das Recht, selbstständig und ohne fremde Hilfe Prozesse zu führen setzt volle Dispositionsfähigkeit der betreffenden Person voraus, ja, die Prozeßfähigkeit bedeutet noch viel mehr als das Recht, Pachtkontrakte ohne Assistenz abzuschließen, sie setzt Veräußerungsfähigkeit in vollstem Maße voraus. Wenn also der Gesetzgeber das Mehr, nämlich die selbstständige Prozeßführung den Ehefrauen und unversehrten volljährigen Frauenpersonen ohne Beziehung ihrer Ehemänner resp. Geschlechtssuratoren gestattet, soll man dann wirklich annehmen, daß er das Mindere, nämlich die selbstständige Abschließung von Pachtkontrakten

\*) Vgl. Art. 36 des Gemeindeggerichtsprozesses.

\*\*) Vgl. auch die Motive zu Art. 5 zit. in fin.

seitens genannter Personen nicht gestattet? Schwerlich wird sich ein Gemeindegerecht finden, das die auf einen Pachtvertrag gegründete Klage bloß deswegen abweist, weil der Vertrag nur von der (bäuerlichen) Ehefrau oder nur von der (bäuerlichen) Jungfrau ohne Mitunterzeichnung des Ehemanns resp. Geschlechtskurators unterschrieben ist. — Die Praxis der Gemeindegereichte resp. Gemeindeverwaltungen stimmt mit der hier vortretenen Auffassung — soweit die von mir eingezogenen Erkundigungen reichen — vollkommen überein, insofern dieselbe weder die kriegerische Vormundschaft der Frauen resp. Jungfrauen noch überhaupt die Geschlechtskuratel als gültige Rechtsinstitute behandelt, mithin von einer Anwendung der zitt. §§ 199 und 778 B. 3 gänzlich absieht. — Daraus erhellt aber zugleich, daß keine einzige der von Schöler zum Beweise der von ihm behaupteten Existenz der Geschlechtskuratel im Livländischen Bauerprivatrecht angezogenen Gesetzesstellen aus der Zivil. B. B. vom J. 1860 geeignet erscheint, seine diesbezügliche Auffassung zu rechtfertigen, ja, daß jene §§ eher gegen als für ihn sprechen dürften. —

Im Zusammenhang mit dem § 778 B. 3 erlauben wir uns, noch auf eine andere Eigenthümlichkeit des Livländischen Bauerrechts hinzuweisen, die aber seit Einführung der Justizreform vom 9. Juli 1889 auch nur noch historische Bedeutung hat. In § 765 sowie in § 778 B. 2 finden wir nämlich die der Inquisitionsmaxime entsprechende Vorschrift, daß sobald der Thatbestand der Verjährung vorliegt, die Bauergerichte ex officio darauf Rücksicht zu nehmen und demgemäß das klägerische Vorbringen abzuweisen haben, ohne erst die Vorschüzung der diesbezüglichen Verjährungseinrede seitens des Beklagten abzuwarten. Aus den im Vorhergehenden angegebenen Gründen ist die heutige Anwendbarkeit des seit Einführung besagter Justizreform auf den Grundlügen der Verhandlungsmaxime aufgebauten bäuerlichen Zivilprozesses und damit auch der erwähnten Vorschrift über die Verjährung zu leugnen. Dafür spricht nicht nur die gemeinrechtliche Theorie,<sup>\*)</sup> sondern auch die für den Gemeindegerechtsprozeß als Ergänzung dienende, durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 auch auf die Ostseeprovinzen ausgedehnte Reichszivilprozeßordnung, die in den Artt. 81 und 82 der Friedensgerichtsprozeßordnung sowie in den Artt. 366 und 367 des Verfahrens vor den allgemeinen Gerichtsbehörden eine dahingehende ausdrückliche Bestimmung enthält, daß das Gericht die Verjährung von sich aus, ohne daß der Beklagte sich auf dieselbe beruft, nicht vorschützen und die Klage nicht abweisen darf, sei es auch, daß der Thatbestand der vollendeten Verjährung aus den Akten noch so klar ersichtlich ist. Dasselbe hat dann auch für das Livländische Bauerrecht zu gelten. —

<sup>\*)</sup> Vgl. Windscheid: Lehrb. B. I. § 112 C. 317 Note b, Unger: System des Oesterreichischen Privatrechts B. II. C. 437 f., Wendt: Lehrbuch der Pandekten C. 256, Unterholzner: Verjährungslehre B. I. § 138 C. 495 f.

Die so wichtige in der Praxis oft ventilirte Frage, ob den Livländischen Bauern auf den ihnen zugehörigen Bauerlandgrundstücken das Jagdrecht gebührt oder nicht, hat der geehrte Herr Verfasser gleichfalls mit Stillschweigen übergangen, wobei er vielleicht von der Annahme ausging, daß die Erörterung derselben nicht in den Kreis des eigentlichen Bauerprivatrechts hineingehöre. Sollte dieser Gesichtspunkt maßgebend gewesen sein und sollte es sich in dieser Hinsicht nicht etwa um eine bloße Unterlassungssünde handeln, so ist zu erwidern, daß das Recht, jagdmäßige Handlungen innerhalb der Grenzen seines Gebietes auszuüben als Realrecht ebenso einen Bestandtheil der dem Willen des Einzelindividuums unterworfenen Vermögensrechtssphäre bildet, wie etwa die Obligation, das Pfandrecht etc. Fassen wir das über diesen Punkt zu Sagende in Kürze zusammen, so ließe sich etwa Nachfolgendes ausführen: die Ann. zu Art. 883 Th. III des Prov. Rs bestimmt:

„Bis zur Emanirung einer besondern Jagdordnung für die Ostseeprovinzen geht in Livland das Recht zur Ausübung der Jagd, bei dem Verkaufe einer Bauerlandstelle, auf den Käufer nicht über, den Fall ausgenommen, wenn das verkaufte Grundstück einem andern Rittergute einverleibt wird.“\*)

In vollkommener, fast wörtlicher Uebereinstimmung mit dieser Bestimmung befindet sich die auch als Quelle zu derselben citirte Anmerkung zu § 220 der Livl. B. B. v. J. 1860, woselbst es folgendermaßen heißt:

„Bis zur Bestätigung und Publikation der im Werk begriffenen Jagdordnung für die Ostseegouvernements geht bei dem Verkauf eines bäuerlichen Grundstückes die Jagdberechtigung nicht auf den Käufer über, es sei denn, daß das verkaufte Grundstück mit einem andern Rittergute vereinigt wird.“\*\*)

Dagegen bestimmt Art. 164 des in B. XII Th. 2 der Reichsgesetze (Ausg. v. J. 1893) in den Artt. 153—190 aufgenommenen Allerhöchst bestätigten Jagdgesetzes vom 3. Februar 1892:

„Das Jagdrecht gebührt dem Eigethümer innerhalb der Grenzen seines Gutes.“ („имѣнія“ im Russischen Text.).

Man hat nun, namentlich gestützt auf letztern Artikel und eine ziemlich verbreitete Auffassung der Russischen Gerichte, versucht, die hentige Geltung der in der Ann. zu § 220 der Livl. B. B. vom J. 1860 und in der Ann. zu

\*) Vgl. auch Galdenstubbbe I. c. S. 29 u. 39.

\*\*) Diese sowie die Note zu Art. 883 Th. III sprechen von dem Käufer einer Bauerlandstelle. Als solcher kann auch eine Person nichtbäuerlichen Standes in Frage kommen, die dann derselben Beschränkung unterliegt, vgl. Erdmann System B. II S. 85. — Solche Fälle werden jedoch mehr oder weniger zu den Ausnahmen gehören. Die Regel wird die sein, daß Bauerlandstellen von Bauern erworben werden und von diesem Normalfall gehen auch wir aus.

Art. 883 Th. III des Prov. R<sup>s</sup> statuierten Beschränkung zu leugnen, diese Gesetzesbestimmungen mithin als durch das neue, auch für Livland gültige Jagdgesetz vom 3. Februar 1892 aufgehoben hinzustellen. Einer solchen Auffassung widersezen sich aber nicht zu widerlegende Argumente. So ist vor Allem hervorzuheben, daß eine ausdrückliche Aufhebung des besagten Art. 883 Ann. und des § 220 Ann. zit. keineswegs erfolgt ist. Wäre es anders, so hätte namentlich die Ann. zu Art. 883 Th. III der Prov. R<sup>s</sup> in der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 oder in der (offiziellen) Fortsetzung zum Th. III des Prov. R<sup>s</sup> als aufgehoben vermerkt sein müssen, was aber de facto weder mit ihr, noch mit der Ann. zu § 220 der Livl. B. B. vom J. 1860 der Fall ist. Zweitens ist die gleichsam als Bedingung für die Abänderung resp. Aufhebung jener Beschränkung gesetzte Bestätigung und Publikation einer besonderen Jagdordnung für die Ostseeprovinzen garnicht erfolgt und wird wohl auch sobald nicht erfolgen. Denn das zitierte Allerhöchst bestätigte Jagdgesetz vom 3. Februar 1892 stellt sich keineswegs als ein speziell für Livland resp. die Ostseeprovinzen erlassenes, also als Spezialgesetz dar, sondern als ein allgemeines, für ganz Rußland mit einigen wenigen Ausnahmen erlassenes Reichsgesetz, das sich laut ausdrücklicher Gesetzesbestimmung auch auf Livland erstrecken soll: die eben zitierten Stellen aus dem Th. III des Prov. R<sup>s</sup> sowie der Livl. B. B. vom J. 1860 haben dagegen ganz offenbar bloß eine solche Jagdordnung im Auge, die speziell nur für Livland resp. die Ostseeprovinzen gilt, mithin also sich als Spezialgesetz darstellt. Ein solches Spezialgesetz wurde auch von der Livländischen Mitterschafft ausgearbeitet, erfuhr aber nicht die Allerhöchste Bestätigung. Und endlich nennt Art. 164 zit. (B. XII des Св. зак. Th. II) als Subjekt des Jagdrechts nicht den Eigenthümer resp. Besitzer eines jeden Grundstückes (поземельный участок), sondern eines jeden Gutes (имѣніе). Bauerland stellen, insbesondere auch Bauergesinde (крестьянскія усадьбы) sind aber keine Güter (имѣнія) im juristisch-technischen Sinne des Wortes, sondern kleinere Wirthschaftseinheiten. Den Ausdruck „имѣніе“ „Gut“ hat der Gesetzgeber augenscheinlich konform der Bezeichnung: „Mittergut“ gewählt. Nimmermehr konnte er aber darunter Bauerland stellen oder Bauergesinde verstehen. Folglich kann sich Art. 164 zit. garnicht auf die bäuerlichen Grundbesitzer Livlands beziehen und ihnen ein Recht gewähren, das ihnen weder nach Bauerrecht noch dem allgemeinen Provinzialrecht zukommt. — In Einklang mit der hier versuchten Auslegung steht auch die von Kieferitzky (Livländische Bauerverordnung Th. I S. 119) ihrem vollen Wortlaute nach angeführte Senatsentscheidung vom 7. Februar 1884 sub Nr. 1 und auch die Theorie stimmt damit überein. Wenigstens ist besagter § 220 der B. B. nebst seiner Anmerkung in der Reutern'schen Ausgabe der Livländischen Bauerverordnung v. J. 1760 B. III S. 76 ohne jegliche Randbemer-

kung unverfälscht abgedruckt. Der Herausgeber scheint also von der Voraussetzung der unverminderten Gültigkeit ausgegangen zu sein. Mit Neutern stimmen überein Kieferitzky in seiner Ausgabe der Livländischen B. B. v. J. 1860 B. I S. 120 in der Note, Jakobi in seiner auf Befehl des weiland Gouverneuren von Livland Surowzew veranstalteten (nichtofficiellen) Ausgabe der Livländischen B. B. v. J. 1860 S. 43 in der Note\*) und Bröder in seiner deutschen (nichtofficiellen) Ausgabe des Th. III des Prov. Rs (1902) S. 156. — Nur einen Fall kennt das Provinzialrecht, wo dem bauerlichen Erwerber das Jagdrecht allerdings zusteht, nämlich dann, wenn das an Leßtern verkaufte Bauerlandgrundstück mit einem andern vor ihm erworbenen Rittergute vereinigt wird.\*\*\*) Da also mithin der angezogene Artikel des neuen Jagdgesetzes die mehrerwähnte allgemeinprovinzialrechtlich sowie bauerrechtlich statuierte Beschränkung keineswegs aufhebt, letztere vielmehr unverändert bestehen läßt, so muß man sich strift für eine fortbestehende Geltung der Anm. zu Art. 883 Th. III des Prov. Rs sowie der Anm. zu § 220 der Livl. B. B. v. J. 1860 aussprechen d. h. mit anderen Worten: livländische Bauern sind nicht berechtigt, auf den ihnen verkauften Grundstücken, sofern sie als Bauerlandstellen erscheinen, das Jagdrecht auszuüben. —

Auf S. 14—22 (des Fuliheftes) behandelt Schöler die bauerrechtlichen Sonderbestimmungen über das Pachtrecht. — So interessant und lehrreich auch im Allgemeinen die Ausführungen des geehrten Herrn Verfassers nach dieser Richtung hin sein mögen, so ist im Einzelnen doch zu bedauern, daß er sich über einen sehr wesentlichen, in der Praxis recht bestrittenen Punkt garnicht oder doch nur sehr ungenau ausgelassen hat, zu dessen Klärung ein so gewiegter Praktiker wie der Verfasser gewiß einen schätzenswerthen Beitrag geliefert hätte. Ich meine die oft ventilirte Streitfrage des Modus, nach welchem die zwischen den Gutsbesitzern als Verpächtern und den Bauern als Pächtern abgeschlossenen Pachtkontrakte der Stempelsteuer unterliegen. Schöler l. c. S. 16 stellt den allgemeinen Satz auf: Pachtverträge zwischen Gutsbesitzern und den zum Bauernstande im engeren Sinne gehörenden Personen, deren Gegenstand Bauerland ist, sind von der

---

\*) Bestritten ist es aber, ob der Verkäufer berechtigt ist, das Jagdrecht innerhalb der Grenzen der verkauften Bauerlandstelle auszuüben oder ob der Käufer ihm solches verwehren darf. Erdmann System B. II S. 31 f. Note 9 und S. 86 Note 1 entscheidet sich unter Berufung auf Art. 729 Th. III. des Prov. Rs fürs Erstere, wenn der Verkäufer sich eine solche Ausübung kontraktlich vorbehalten hat, fürs Letztere, wenn ein solcher Vorbehalt nicht erfolgte. Wem gebührt dann aber das Jagdrecht? Praktischer vertreten vielfach die Ansicht, daß das Jagdrecht auf der verkauften Bauerlandstelle einstreichen bis zu einer neuen Einverleibung ruhe.

\*\*) Vgl. die Anm. zu Art. 883 Th. III des Prov. Rs und Gölbenstubbbe l. c. S. 29 und 39.

Entrichtung der Stempelsteuer befreit. In dieser allgemeinen Fassung ist aber der Satz entschieden unrichtig und geeignet, in der Praxis zu mancherlei Irrthümern Anlaß zu geben. Nicht jeder zwischen den gedachten Personen über Bauerland abgeschlossene Pachtkontrakt, sondern nur eine ganz bestimmte Kategorie derselben genießt das Privilegium der Stempelsteuerfreien Errichtung. In dieser Beziehung muß man die größeren, mit dem technischen Ausdruck „Gesinde“ (усадыбы) d. h. sowohl Hof- als auch Gehorchtslandgesinde bezeichneten bäuerlichen Wirthschaftseinheiten von den kleineren d. h. den sogenannten „Bauerlandparzellen“ (крестьянские поземельные участки) unterscheiden. Beides, die (bäuerliche) Parzelle als auch das Gesinde pflegt man unter den Gattungsbegriff: „Bauerland“ zusammenzufassen und in der That ist sowohl die Parzelle als auch das Gesinde Bauerland. Nach dem gegenwärtig geltenden Stempelsteuerrecht werden nun die Pachtkontrakte über Bauerlandparzellen mit der Stempelsteuer nach allgemeiner Grundlage besteuert und sind nur dann von einer solchen befreit, wenn die Gesammtheit aller für die ganze Pachtzeit stigulierten Pachtzahlungen die Summe von fünfzig Rubeln nicht übersteigt, wogegen, wenn diese Summe fünfzig Rubel übersteigt oder wenn ein solcher Pachtkontrakt nicht zwischen Gutbesitzer und Bauer, sondern zwischen je zweien Gutbesitzern oder zweien Bauern abgeschlossen wurde, das Privilegium der Stempelsteuerfreiheit wiederum zeiffert.\*) Zu diesen Bauerlandparzellen rechne ich auch die sogenannten „Quoten“, von welchen jedenfalls soviel feststeht, daß sie keine Hof- oder Gehorchtslandgesinde sind. Anders verhält es sich mit der letztgenannten Kategorie von Bauerland, nämlich den Hof- und Gehorchtslandgesinden. Bilden nämlich diese den Gegenstand des zwischen Gutbesitzer und Bauer abgeschlossenen Pachtkontraktes, so ist letzterer nach einer Erläuterung des Senats\*\*) von der Entrichtung der Stempelsteuer in allen den Fällen befreit, wo im Verkaufsfalle die in Art. 202 des Ustaw über die Poschlinien vorgesehene Befreiung von den Krepostposchlinien und Stempelsteuern eintreten würde.\*\*\*) Diese Senatsentscheidung ist auch heute noch von Bedeutung. Danach würden diejenigen Bauern, die an Landparzellen schon mehr als zwanzig Dessjätinen eigenthümlich besitzen oder die Hof- und Gehorchtslandgesinde zu einem Betrage von mehr als zwanzig Dessjätinen oder (nicht zum ersten Mal) Gehorchtslandgesinde in Pacht nehmen bei Errichtung der diesbezüglichen Pachtverträge mit den Gutbesitzern von der Erhebung der gesetzlichen Stempelsteuern ebensowenig befreit sein, wie in dem Falle, wenn sie des Privilegii einer solchen Stempelsteuer-

\*) Vgl. Art. 67 §. 4 den neuen Stempelsteuergesetzes von 10. Juni 1900.

\*\*) Vgl. mit der Senatsentsch. vom 4 Febr. 1891 sub Nr. 4 die Senatsentsch. vom 18. Mai 1892.

\*\*\*) Vgl. den mit Art. 81 §. 2 des alten Stempelsteuergesetzes übereinstimmenden Art. 67 §. 1 des neuen Stempelsteuergesetzes (vom 10. Juni 1900).

freien Vertragserrichtung in einem bestimmten konkreten Falle bereits theilhaftig gewesen sind\*). —

Auf derselben Seite (16) geht Schöler von der Voraussetzung aus, daß Pachtverträge über Bauerland bei Strafe der Nichtigkeit an die Korroborations- oder Bestätigung durch den Bauerkommissaren geknüpft sind. Auch hierin vermögen wir uns mit dem geehrten Herrn Verfasser nicht einverstanden zu erklären. Zwar hinsichtlich der über Gehors- und Hofsländgesinde abgeschlossenen Pachtkontrakte stimmen wir mit Schöler ganz überein. Allein ob auch Pachtverträge über Quoten — immer unter der Voraussetzung, daß es sich um Pachtkontrakte handelt, wo der Gutsbesitzer Verpächter, der Bauer aber Pächter ist — an eine solche Bestätigung durch den Bauerkommissaren gebunden sind, ist in der Praxis im hohen Grade bestritten. Art. 8 P. b der für die Kommissare geltenden zeitweiligen Regeln (Gassman u. Nolden, Verordnungen, Deutsche Ausgabe S. 147, Russische Ausgabe S. 604) spricht nur von den Pachtkontrakten über Bauerlandstellen zwischen den Gutsbesitzern und Bauern (im Russischen Text steht „крестьянские участки“). Allein die „Quote“ in Livland — deren Begriff im Uebrigen recht streitig ist — ist gar kein eigentliches Bauerland, sondern vielmehr ein Mittelding zwischen Bauer- und Hofsländ; sie ist Land, das zwar wie Hofsländ genutzt, aber wie Bauerland besteuert wird,\*\*) folglich also noch keineswegs jede Verbindung mit dem Hofslände aufgegeben hat. Eben deswegen aber und in Anbetracht dessen, daß nur die Bestätigung der über Bauerlandstellen zwischen den Gutsbesitzern und Bauern abgeschlossenen Pachtkontrakte in den Kreis der den Bauerkommissaren obliegenden Pflichten hineingeht, als solche sich aber die Quoten in Livland keineswegs darstellen, dürften solche Kontrakte nicht der Korroborations- oder Bestätigung durch den Bauerkommissaren, sondern einzig und allein der Bestätigung durch das Gemeindegericht (wenn die Gesamtsumme 300 Rbl. übersteigt) oder durch die Notare unterliegen.\*\*\*) —

Jedoch kommt es in der Praxis häufig vor, daß die Bauerkommissare auch Pachtkontrakte über Quotenländereien bestätigen, was meiner Ansicht nach unrichtig ist. Jedenfalls kann von einer Nichtigkeit der vom Gemeindegericht oder einem Notar attestierten Quotenpachtkontrakte keine Rede sein. —

Gleichwie der Th. III des Prov. Rz., so hat auch die Livländische Bauerverordnung vom J. 1860 zwei offizielle Texte, einen russischen

\*) Nach dem alten Stempelsteuergesetz Art. 81 P. 4 waren, unabhängig von jeder Summe, alle Pachtverträge zwischen Bauern und Gutsbesitzern über Verpachtung von Bauerlandparzellen an erstere von der Stempelsteuer befreit. —

\*\*) Vgl. Erdmann: System B. I S. 171 Note 6. — Vgl. übrigens noch über die Quotenfrage in Livland die allerdings hauptsächlich die historische Seite der Quote behandelnde Arbeit von Bröcker: „Die Quotenfrage in Livland“.

\*\*\*) Falls sie nicht etwa privatim errichtet werden.



und einen deutschen. Was nun für den Fall eines Widerspruchs zwischen beiden Texten gelten soll, d. h. welcher von beiden Texten dem andern vorgehen soll, darüber enthalten die Gesetze nichts und auch das diese B. B. einführende Gesetz sagt darüber — soweit mir bekannt ist — nichts. Und doch kann diese Frage bisweilen aktuell werden. Bei genauerer Forschung werden sich solcher Widersprüche oder wenigstens Nichtübereinstimmungen immerhin einige ergeben. Einem derselben sind wir schon im Verlaufe dieser Abhandlung begegnet. § 971 der Btbl. B. B. v. J. 1860 handelt von dem den volljährig Gewordenen zustehenden Recht innerhalb einer Frist von einem Jahre und sechs Wochen nach erlangter Volljährigkeit gegen die abgelaufene Verjährung Restitution zu verlangen. Der deutsche Text gebraucht durchweg die Ausdrücke: „mündig-gewordene“ und „Mündigkeit“, der russische dagegen die Ausdrücke: „volljährig gewordene“ und „Volljährigkeit“ („достигшіе совершеннолѣтія“ und „достиженіе совершеннолѣтняго возраста“). Schöler giebt hier mit richtigem Takte dem russischen Texte den Vorzug vor dem deutschen. Hier nun hätte der Verfasser die allgemeine Regel anknüpfen sollen, daß in jedem Falle der russische Text dem deutschen vorzugehen hat, da von vornherein bei Publikation des Gesetzes der russische Text die Stelle des Originals, der deutsche dagegen die einer bloßen Uebersetzung vertrat (in den deutschen Ausgaben findet sich oben auf dem Titelblatt durchweg die Bezeichnung „Translat“ aufgedruckt.). Das Original muß aber der ihm nachgebildeten Uebersetzung stets vorgezogen werden, nicht umgekehrt die Uebersetzung dem Original, wogegen Gründe sowohl logischer als auch historischer Natur sprechen würden.\*) Es ist deßhalb klar, daß die Anwendbarkeit der Bestimmung des Art. XII der Einl. zu Th. III des Prov. Rk., wonach die privatrechtlichen Normen unserer Kodifikation den diesbezüglichen Bauerrechten als Subidiarrecht zu dienen haben, in vorliegendem Falle zessieren muß, schon weil die historischen Verhältnisse hier wesentlich anders liegen als bei der Kodifikation. —

Vorliegende Abhandlung ist schon länger geworden, als es ursprünglich in der Absicht des Verfassers lag. Hinsichtlich des letzten Punktes wollen wir uns daher so kurz als möglich fassen. — Schöler plädiert auf S. 27 f. des Juliheftes für eine gänzliche Aufhebung des Bauerprivatrechts, mit Ausnahme einiger weniger als

---

\*) Anders ist es freilich, sobald es sich um das Verhältniß der beiden Texte der Kodifikation handelt. Trotzdem, daß der russische Text sich bloß als eine Uebersetzung des deutschen darstellt, haben die neuen Zusatzgesetze in Uebereinstimmung mit dem Reichsrathsgutachten vom 16 November 1870 dem russischen Text 1 im Falle eines Widerspruchs den Vorzug vor dem deutschen Texte gegeben, vgl. die von Prof. emer. Dr. F. Engelmann verfaßte Einleitung zur neuen Bröcker'schen Ausgabe des Th. III des Prov. Rk. S. 37—43 sowie meine Arbeit: „Streifzüge auf dem Gebiete der Theorie und Praxis des Provinzialrechts“ Riga 1902 S. 137—146.

werthvoll anerkannter Privatrechtsnormen, die der Kodifikation vom J. 1864 an passenden Stellen einzufügen wären. Diesen Vorschlag will Schöler einerseits mit der ungenauen Ausdrucksweise, der zu großen Kürze, der Systemlosigkeit sowie verschiedener unmotivierbaren Besonderheiten des Bauerprivatrechts, andererseits aber auch durch den Hinweis darauf begründen, daß das Hilfsrecht des Bauerprivatrechts, nämlich die Kodifikation vom J. 1864 bei so manchen Instituten, wie z. B. der Vormundschaft, der Schuldenhaftung der Ehefrau nach dem Güterrechte des Landrechts etc. eine Fortbildung und feste Formulierung aufwiese, die den diesbezüglichen Rechtsinstituten der Bauerrechte mangelten. Die durch alles das herbeigeführte Abweichung der bauerprivatrechtlichen Normen vom Landrecht und dem allgemeinen baltischen Privatrecht sowie die hierdurch bedingte Isolirtheit der erstern vom letztern in Theorie und Praxis widersehten sich dem eigentlichen Zweck der B. B., den Bauern ein einfaches, klares und leicht verständliches Privatrecht an die Hand zu geben. Dazu kämen noch die vielen Lücken, so z. B. im Obligationen- und Sachenrecht. Auch im westlichen Europa gäbe es kein besonderes Bauerprivatrecht mehr, es sei daher an der Zeit, den privatrechtlichen Zustand der Bauern durch Abschaffung des besondern Bauerprivatrechts zu vereinfachen und in Einklang mit dem Landrecht und dem allgemeinen baltischen Privatrecht zu bringen. — Soweit Schöler. — Sehen wir nun zu, inwieweit diese gegen die Sonderexistenz bauerprivatrechtlicher Normen gerichteten Ausstellungen des geehrten Herrn Verfassers begründet sind. — Zunächst scheint es nun, als ob die Voraussetzung, von welcher der Verfasser ausgeht, eine unrichtige ist. Nach seinen Ausführungen hat es den Anschein, als ob man es bei den in der Zivil. B. B. v. J. 1864 enthaltenen privatrechtlichen Normen mit einem mehr oder weniger vollständigen Privatrechtskodex zu thun hätte. Wäre das der Fall, so könnte man darin allerdings keinen sehr empfehlenswerthen Zustand erblicken. Ich selbst gebe es zu, daß den modernen Rechtsanschauungen der skandinavische Zuschnitt der Rechtsgestaltung, insbesondere des Privatrechts, insofern jene von der gleichen Behandlung Aller im Recht ausgehen, nicht mehr entspricht. Allein eben diese Voraussetzung — wenn überhaupt Schöler von einer solchen ausgeht — ist eine unrichtige. Wir haben es lediglich mit einzelnen und — wie Schöler selbst zugiebt — dazu noch Lückenhaften Privatrechtsnormen zu thun, die in die B. B. eingestreut sind und zu deren Ergänzung der Gesetzgeber selbst auf die allgemeinprovinzialrechtlichen Privatrechtsätze verweist,\*) nicht aber mit einem ganzen Privatrechtskodex. Es giebt nun wohl so manche §§ der Zivil. B. B., die ihrer unklaren, oft die Hand eines Nichtjuristen verrathenden Fassung wegen einer Umänderung, Verbesserung

\*) Vgl. Art. XII der Einl. zu Th. III des Prov. R. und § 938 der Zivil. B. B. vom J. 1860.

oder Ausmerzung ganz entschieden bedürfen und ich wäre der Letzte, der davor zurückseht, veraltete und dem modernen Rechtsbewußtsein nicht mehr entsprechende Rechtsätze den Anschauungen der Rechtsübenden durch Ummodelung, sei es auch im Sinne gänzlicher Umgestaltung derselben wiederum näherzubringen. Aber deshalb allein das besondere Privatrecht der Bauerverordnungen ganz aufheben zu wollen, wäre mindestens verfrüht und hieße das Kind mit dem Bade ausschütten. Auch die Modifikation des baltischen Privatrechts vom J. 1864 weist mancherlei veraltete, mit den modernen Rechtsanschauungen nicht mehr übereinstimmende Bestimmungen auf, auch sie enthält Artikel, deren Fassung an Klarheit so manches zu wünschen übrig läßt, ja die Legalinterpretation würde gerade hier ein reiches Bethätigungsgebiet finden — und doch wird man deswegen allein noch nicht für die Aufhebung unseres besondern Provinzialrechts plädieren wollen und können. Gegen eine offizielle Neuausgabe der B. V. und damit auch des in denselben enthaltenen Privatrechts sowie auch nicht zum Letzten des Th. III des Prov. Rs hätte man nichts, gegen eine Abschaffung des bauerlichen Privatrechts dagegen sehr viel einzutwenden. Jedoch Schöler schlägt vor, die wenigen als werthvoll anerkannten Bestimmungen der B. V. in den Th. III des Prov. Rs aufzunehmen und mit diesem gleichsam zu verschmelzen. So viel mir bekannt, ist das zum großen Theil schon geschehen, wie ein Blick auf diejenigen Artt. zeigt, die in ihren Quellenzitatat §§ aus den B. Verordnungen enthalten. — Und ist denn die praktische Anwendung der bauerprivatrechtlichen Normen im Leben wirklich so kompliziert und erschwert, wie das Schöler darstellt und sind wirklich nur einige der ohnehin nicht zahlreichen Privatrechtsbestimmungen der Btbl. und der andern B. V. als „werthvoll“ anzuerkennen? Allerdings wird es in vielen Fällen nöthig sein, zur Ergänzung und Ausfüllung der vielfachen Lücken des Bauerprivatrechts den Th. III des Provinzialwods als Subsidiarrecht heranzuziehen, wie das der Gesetzgeber selbst vorschreibt, und dadurch wird die Handhabung des bauerlichen Privatrechts allerdings komplizierter und dem einfachen Mann aus dem Volke weniger zugänglich. Allein auch die schwierige oder erschwerte Handhabung einzelner Rechtsätze dürfte meiner Ansicht nach noch nicht die Aufhebung eines ganzen Normenkomplexes wie den das livländischen Bauerprivatrechts rechtfertigen. Um eine Gesetzgebung, ein Gesetzbuch in allen seinen Theilen in jeder einzelnen Vorschrift dem einfachen Mann aus dem Volke leicht zugänglich und verständlich zu machen, dazu bedarf es einer so unvergleichlich hohen gesetzgeberischen Intuition, wie sie allenfalls einem von Natur so für das Recht und die Rechtswissenschaft begabten Volke wie den Römern zu eigen war und selbst diese bedurften alsbald der Rechtsgelehrten, juris consulti oder juris periti, dazu bestimmt, dem sich an sie wendenden Publikum in schwierigern Fällen juristischen Rath zu erteilen. — Die Frage, ob und in welchem Umfange gegebenenfalls der

Th. III des Prov. Rs als Subfidiarrecht für das Bauerrecht heranzuziehen und nach welchen Grundsätzen dabei zu verfahren ist, erfordert allerdings mehr als das, was dem durchschnittlichen intellektuellen Vermögen des Bauern zu Gebote steht, es erfordert eine juristische Durchbildung, ein Beherrschen, Durchdringen und Erfassen des gesamten baltischen Privatrechtsstoffes, ein Einbringen in den Geist desselben, wie sie nur demjenigen Stande zu eigen sein können, dessen eigentlicher Beruf in der unausgesetzten Beschäftigung mit dem Recht besteht, nämlich dem Stande der Rechtsgelehrten. An diesen mag sich der Bauer wenden, wenn er über eine unklare oder ihm unklar scheinende Bestimmung des Bauerprivatrechts nicht hinwegzukommen vermag, an ihn mag er sich halten, wenn ihn concretenfalls die Bauerverordnung überhaupt im Stich läßt. Mag er seine Sache getrost dem Richter, Advokaten, Notaren oder sonstigen rechtsverständigen Beamten übergeben, er wird von ihm jederzeit die gewünschte Aufklärung erhalten. Denn selbst bei einem noch so vortrefflich und allgemein faßlich gehaltenen Gesetzbuche wird man des Standes der Rechtsgelehrten, deren Beruf es eben ist, die Rechtsätze dem Verständnisse des Volkes durch Anwendung und Ausübung in der Praxis oder durch Erläuterungen in der Theorie näher zu bringen, nicht entrathen können. Und wenn der Bauer heutzutage, wie Schüler selbst behauptet, wirklich so gebildet ist, daß er sich in „privaten Rechtsarbeiten“ zurechtfinden kann, so wäre ihm ja auf diesem Wege geholfen, ohne daß man zu dem Gewaltmittel der Abschaffung des besondern Bauerprivatrechts zu greifen braucht. Eine solche Abschaffung in toto, wie sie Schüler zu befürworten scheint, dürfte sich doch nur dann rechtfertigen lassen, wenn die in den Bauerverordnungen enthaltenen Privatrechtsätze mit den sozialen, politischen und ökonomischen Anschauungen und Verhältnissen der Bauern nicht mehr Schritt halten, wenn sie von der fortschreitenden kulturellen Entwicklung der bauerlichen Bevölkerung überholt werden, wenn man von ihnen nicht mehr sagen kann: sie entsprechen dem Rechtsbewußtsein der Rechtsübenden, sie leben und weben mit ihm. Das ist aber keineswegs der Fall. Soweit meine eigenen praktischen Erfahrungen reichen, habe ich nie bemerkt, daß die Bauern, insbeshondere die livländischen, irgend welche Bestimmungen des Bauerprivatrechts als drückend und ihren Anschauungen nicht mehr entsprechend empfunden noch daß sie über Kompliziertheit resp. Schwierigkeit in der Handhabung der einzelnen Privatrechtsnormen geklagt hätten und auch von andern Beamten, deren Beruf sie in öftere Berührung mit der bauerlichen Bevölkerung des flachen Landes brachte, wie insbeshondere den Bauerkommissaren und Präsidenten der Oberbaurgerichte habe ich nie etwas über dlesbezügliche Klagen oder Defiderien der Bauern gehört. Muß man also demnach vielmehr annehmen, daß sich der Bauer mit seinem Privatrecht in durchschnittlich zufriedenstellender Weise eingelebt hat, daß Letzteres seinem derzeitigen Rechtsbewußtsein entspricht und

ihm gleichsam in Fleisch und Blut übergegangen ist, so wäre das von Schöler gestellte Verlangen jenes d. h. das besondere Bauerprivatrecht qua solches aufzuheben als mit den thatsächlich nun einmal vorhandenen Lebensbedürfnissen und Lebensverhältnissen in Widerspruch stehend zur Zeit strift von der Hand zu weisen, umsomehr wenn man dabei — was besonders zu betonen ist — nicht außer Acht läßt, daß dieses nach Schöler so komplizierte und mit so vielen Mängeln behaftete Bauerprivatrecht die Bauern nicht gehindert hat, zu einem im Durchschnitt nicht unbedeutenden Wohlstande zu gelangen und gegenwärtig eine in sozialer und ökonomischer Beziehung nicht unvortheilhafte Stellung einzunehmen. Hier wie in so manchen andern Verhältnissen gilt eben auch der alte Grundsatz: „*Quieta non movere*“.

Und nun noch einige Schlußbemerkungen. Der geehrte Herr Verfasser — den ich übrigens persönlich nicht kenne — wird es mir hoffentlich nicht verargen, wenn ich an seinen Ausführungen freimüthig und offen Kritik geübt und mir an denselben diese oder jene Ausstellung erlaubt habe. War es mir doch überall nicht um die Person, sondern nur um die Sache zu thun. Nur von dem einen Wunsche beseelt, der wissenschaftlichen Wahrheit näher zu kommen bin ich bemüht gewesen, jedwedes Persönliche in meinen Ausführungen sorgfältig zu vermeiden. Sollte ich bisweilen geirrt oder die Ausführungen des geehrten Herrn Verfassers mißverstanden haben, so werde ich für diesbezügliche seinerseits erfolgende Erklärungen und Berichtigungen nur dankbar sein! — Aus geistigem Streit erwächst das, was ich auch in vorliegenden Zeilen einzig und allein erstrebt habe, nämlich die Wahrheit!

## IV. Abhandlung.

### Ein Beitrag zur Lehre von den korrespondierenden Testamenten nach österreichischem Privatrecht.

In meiner Schrift: „Fünf Fragen aus dem Provinzialrecht“ (Wien 1899) S. 33 ff. habe ich die Frage erörtert, inwieweit ein Ehegatte den andern in einem gegenseitigen Testamente resp. überhaupt gültig zu seinem Universalerben einsetzen kann. Auf das Wesen, die sonstige Wirkung, sowie auf die Aufhebungsfälle eines solchen Testaments näher einzugehen, lag damals nicht innerhalb des mir vorgezeichneten Planes. Und doch entstehen gerade über den letzten Punkt, nämlich über die Gründe, die zu einer Entkräftung eines solchen zwischen Ehegatten errichteten Testaments führen und insbesondere über die Wirkungen einer solchen Entkräftung so manche Zweifel, die in der Literatur des Provinzialrechts bisher nicht einmal andeutungsweise Berücksichtigung gefunden haben. Dies veranlaßte mich, der Lehre von den gegenseitigen Testamenten überhaupt und speziell den zwischen Ehegatten errichteten nach der bezeichneten Richtung hin noch einmal näherzutreten, wobei ich jedoch keineswegs beabsichtige, die schwierige, auch gemeinrechtlich nicht unbefristete Lehre\*) von den gegenseitigen

---

\*) Denn das römische Recht sprach sich über gegenseitige Testamente überhaupt nicht aus, vgl. statt vieler Holzschuher: Theorie u. Casuistik B. II (2. Aufl. 1857) S. 633 ff. Zwar ganz unbekannt waren dem römischen Recht solche Testamente auch nicht. So sind nach der c. 19 C. II 3 — einem Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian v. J. 290 n. Chr. Geb. — Soldatentestamente, in denen sich zwei Brüder vor der Schlacht gegenseitig zu Erben ihres gesamten Vermögens einsetzen, gültig, vgl. auch Götz: „Korrespondente Testamente“ in B. LIV des Archivs für die zivil. Praxis (1871) S. 146 ff. und Heinzerling: „Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten“ im „Archiv für Praktische Rechtswissenschaft“, Neue Folge, B. X (1874) S. 255. — Allein bei der Ausnahmestellung der auch sonst von jeder Formfessel befreiten Soldatentestamente mußte auch die Entscheidung der Kaiser in diesem speziellen Falle den Charakter einer Ausnahme tragen, die einer Verallgemeinerung eo ipso unzugänglich war. —

Testamenten in ihrem ganzen Umfange in toto erschöpfend zu behandeln und darzustellen, sondern bloß einige besonders wichtige Punkte und zwar vornehmlich die Frage herauszuheben, ob und inwieweit bei Aufhebung des korrespondierenden Testaments auch die darin festgesetzten Legate resp. sonstigen letztwilligen Anordnungen mit erlöschen, sowie namentlich, ob auch die Entscheidung diese letztere Wirkung hat?

Die provinzialrechtliche Lehre von den gegenseitigen Testamenten findet sich in den Artt. 2409—2420, Th. III des Prov. R. auf-

Im deutschen Recht, dem in der ersten Zeit Testamente überhaupt ganz unbekannt waren, entwickelten sich nachher die gegenseitigen resp. gemeinschaftlichen Testamente aus den Vergabungen auf den Todesfall und den spätern Erbverträgen. Jedenfalls finden sie sich im 15. und 16. Jahrhundert in Deutschland namentlich unter Geschwistern und Ehegatten, bei welchen letztern die in der Regel übliche Gütergemeinschaft einen fruchtbaren Boden für solche gegenseitige Testamente abgeben mußte, vgl. namentlich Heintzerling, l. c. S. 255 f., Heimbach in B. X von Weiskes Rechtslexikon sub voce Testament S. 890. — Da nun die gemeinschaftlichen Testamente vielfach an Erbverträge erinnerten, so mochten hier in Theorie und Praxis oft unliebsame Verwechslungen vorgekommen sein. Jedenfalls ist es bekannt, daß in Deutschland aus Anlaß solcher Testamente seiner Zeit häufige Prozesse entstanden. Von den neueren Gesetzgebungen erklären daher das Französische und das Italienische Recht (vgl. den Code civil Artt. 968 u. 1097 und den Italienischen Zivilkodex Art. 761) alle gegenseitigen Testamente überhaupt für unzulässig, bezugnehmend das innerschweizerische Privatrecht B. X. des Ob. Zak. Art. 1032. — Andere Gesetzbücher, wie namentlich das Oesterreichische B. G. B. §§ 583 u. 1248, das Deutsche B. G. B. § 2265 und der neue Ungarische Zivilgesetzentwurf § 1931 gestatten es nur zwischen Ehegatten, der neue Schweizerische Entwurf Artt. 513—515 sowohl zwischen Ehegatten als auch zwischen anderen Personen. Letzteren Standpunkt vertritt auch das Prov. R., vgl. Artt. 2409 u. 2414. Darnach sind also hierorts auch gegenseitige Testamente zwischen einander ganz fremden Personen erlaubt.

Die Theorie des gemeinen Rechts versteht nun aber unter gegenseitigen Testamenten auch solche, wo sich die beiden Testatoren nicht gegenseitig instituieren, sondern bloß uno actu gemeinschaftlich testieren, vgl. Erdmann System B. III § 244 S. 229 u. die daselbst Note 3 Zitierten. — Dieser Auffassung hat sich auch das Deutsche B. G. B. angeschlossen, das zum Begriff des gemeinsamen Testaments nur erfordert, daß die beiden Willensverfügungen der Ehegatten durch die Unität des Errichtungsaktes zusammengehalten werden, gesetzt auch daß keiner den andern irgendwie bedacht hat oder daß beide Verfügungen nicht im geringsten irgend etwas mit einander zu thun haben, vgl. § 2269 Abs. 1. — Überhaupt nähert das B. G. B. die korrespondierenden Testamente in mancher Hinsicht den Erbverträgen, so namentlich was die Form des Widerrufs bei Lebzeiten beider Gatten anbelangt, cfr. § 2271, wogegen das Provinzialgesetzbuch das korrespondierende Testament vom Erbvertrag namentlich und ausdrücklich unterscheidet (vgl. Art. 2412), indem es darauf hinweist, daß das gegenseitige (also auch korrespondierende) Testament einseitig von jedem Testator widerrufen werden könne, womit indirekt gesagt ist, daß der Erbvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft nur mit beiderseitiger Willensübereinstimmung widerrufen werden könne. Dieses Unterscheidungsmerkmal dürfte wohl auch für das gemeine Recht hinreichend sein.

zeichnet. Darnach giebt es zwei Arten des gegenseitigen Testaments, das gewöhnliche gegenseitige (reciproke) und das korrespondente Testament. Der grundlegende Unterschied zwischen beiden wird von Art. 2409 dahin zusammengefaßt, daß unter dem reciproken Testament ein von zwei oder mehreren Personen in einunddemselben Akt errichtetes Testament, in welchem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen, verstanden wird, wogegen ein korrespondentes Testament dann vorliegen soll, wenn die Existenz und Gültigkeit des einen Testaments von der des anderen abhängig, durch sie bedingt sein soll, so daß das eine Testament mit dem anderen steht und fällt. Die Korrespondenz wird nicht vermuthet, sondern muß aus der Willensäußerung der Testatoren, z. B. wenn sie in der Testamentsurkunde ihr Testament ausdrücklich als ein korrespondentes bezeichnen, erwiesen werden oder doch sonst aus den Umständen des einzelnen Falles unzweifelhaft hervorgehen (Art. 2410)\*). Nur wenn im gegenseitigen Testamente zugleich angegeben ist, an wen nach dem Tode des überlebenden Testators der Nachlaß fallen solle, ist allemal ein korrespondentes Testament anzunehmen\*\*). Desgleichen sind in Liv- und Esthland die zwischen Ehegatten errichteten Testamente im Zweifel stets für korrespondente zu halten (Art. 2411), so daß also in diesen beiden Fällen eine gesetzliche Präsumtion für die Korrespondenz streitet\*\*\*). Die ju-

\*) Dieser Artikel, der ganz dem gemeinen Recht entspricht, ist fast wörtlich der Heimbach'schen Abhandlung über „das Testament“ in B. X des Weiske'schen Rechtslexikons, S. 891, entnommen.

\*\*) Ähnlich Holzschuher l. c. S. 635 u. die das. angef. ältere Literatur. — Da in diesem Falle die gemeinsame Verfügung zu Gunsten des Dritten nicht aufgehoben noch abgeändert werden darf (vgl. Art. 2417) und der überlebende Testator insoweit hinsichtlich der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist, so hätten wir hier im Resultat einen Berührungspunkt mit dem Erbvertrage.

\*\*\*). So auch für das gemeine Recht Windscheid: Lehrb. des Pand. Rs. B. III (7. Aufl.) § 568, S. 98 u. dazu Note 4. — Abweichend von dem vorigen ist Brinz: „Lehrbuch der Pandekten“, B. III (2. Aufl.) § 370 S. 66, der Korrespondenz bei gemeinschaftlichen Testamenten für ebenso wesentlich hält wie die Gegenseitigkeit und sie stets vermuthet (Vgl. auch überh. die bei Windscheid l. c. Note 4. angef. Literatur.). Indes muß eine solche praesumptio juris dem durchgeführten Gegenbeweise, daß gegebenenfalls Korrespondenz nicht vorliege, stets weichen (vgl. auch Erdmann, System B. III, S. 230, Note 4.) so namentlich, wenn die Ehegatten ausdrücklich bestimmen, daß ihr Testament nicht als korrespondentes gelten oder überhaupt, daß die Ungültigkeit der einen Verfügung die andere unberührt lassen solle. — Gegen die im gemeinen Recht sehr verbreitete Annahme einer Präsumtion für die Korrespondenz des zwischen Ehegatten errichteten wechselseitigen Testaments wendet sich besonders Heinzerling in seinem zitierten Aufsatz: „Zur Lehre von den wechselseitigen Testamenten“ in Bd. X des Archivs f. prakt. Rechtswissenschaft, S. 270 f., der Korrespondenz wie überall so auch bei den zwischen Ehegatten errichteten wechselseitigen Testamenten nur dann annimmt, wenn sie aus dem Testamente selbst hervorgeht. Heinzerling l. c. Note 43, ist



ristische Konstruktion des mit der vorerwähnten Klausel errichteten Testaments ist nach einer im gemeinen Recht sehr verbreiteten Theorie die, daß der Letztlebende Testator als mit einem Universalfideikommiß zu Gunsten des eingefetzten Dritten belastet erscheint, dessen Gegenstand nicht nur die dem überlebenden Testator zugefallene und von ihm angetretene Erbschaft, die dem Universalfideikommissar d. h. dem Dritten nach dem Tode jenes restituiert werden muß, sondern auch sein des Überlebenden, eigenes Vermögen ist. Es hat hier somit gewissermaßen jeder Belastete über das Vermögen des anderen testiert, was insofern nichts dem römischen Recht Fremdes enthält, als letztwillige Verfügungen, mittelst welcher der Testator über fremde Sachen disponierte, durchaus gültig waren und von den eventuellen Erben als Legate oder Fideikomisse erfüllt werden mußten\*). Es werden eben in diesem Falle beide Erbmassen als eine einzige, ein Ganzes betrachtet. Dieser Theorie kann man sich wohl auch für das Prov. R. anschließen. Der Unterschied zwischen dem korrespondenten und dem reziproken Testament tritt vorzüglich in der verschiedenen Wirkung hervor, von welcher die Aufhebung der letztwilligen Verfügungen bei beiden Arten von gegenseitigen Testamenten begleitet ist. Da das korrespondente Testament in seiner Existenz und Dauer ausweislich des Art. 2409 eine derart innige Verbindung beider Verfügungen mit einander involviert, daß die eine Willenserklärung mit der andern andern steht und fällt,

überhaupt der Ansicht, daß das wahre ethische Verhältniß der Ehegatten zu einander eher gegen als für eine solche Verschmelzung der beiden Willensverfügungen zu einem Testamente spreche. Man solle doch gerade bei Ehegatten eine Gesinnung, die sich etwa in den Worten aussprechen ließe: „Sehest du mich nicht zum Erben ein, so thue ich es ebenso wenig“ und „Entziehst du mir die Aussicht auf deinen Nachlaß, so sollst du auch keine Aussicht auf den meinigen haben,“ am Wenigsten voraussetzen. M. G. u. ist im Gegentheil dieses innige, besonders auch in der Gütergemeinschaft sich manifestierende Verhältniß der Ehegatten zu einander eine sehr natürliche Triebfeder für die Errichtung solcher korrespondenter Testamente. — Eine bloße Konsequenz seiner obigen Ansicht ist es aber, wenn Heizerling auch der weitem, im gemeinen Recht vertretenen (und, wie wir sahen, in gewissem Sinn auch vom Prov. R. adoptierten) Anschauung widerspricht, die in allen den Fällen Korrespondenzität präsumiert, wo die korrespondenztestierenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament Bestimmungen zu Gunsten Dritter für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden getroffen hätten. Auch hier dürfte nur aus den im Testamente selbst gebrauchten Ausdrücken auf die Korrespondenzität geschlossen werden. — Gegen Heizerling sowie überhaupt zu Gunsten einer in diesen Fällen streitenden Präsumtion der Korrespondenzität vgl. Göz in seinem zit. Aufsatz: „Korrespondente Testamente“ in B. LIV des Archivs f. d. zivil. Prax., S. 156 ff, Glück, Ausführl. Erläut., B. XXXVI S. 63—64, Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex., B. X, S. 892 u. Windscheid l. c.

\*) Vgl. Glück, Erläut., B. XXXVI, S. 69 f., Mühlenbruch, in der Fortsetzung zum Glück'schen Pandektenkommentar, B. XXXVIII, S. 232 f., Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. B. X, S. 897 f.

so muß jeder Grund, der die eine Verfügung zum Wegfall bringt, auch die andere entkräften \*). Widerruft der eine Testator das Testament, so fällt auch die Verfügung des anderen eo ipso dadurch zusammen, wie das in Art. 2414 ausdrücklich ausgesprochen ist, wogegen bei reciproken Testamenten der einseitige Widerruf eines der Testatoren die Verfügung des anderen Testators unangiert läßt. Nur wenn bei korrespondierenden Testamenten der andere Theil, trotzdem ihm der Widerruf seines Mittestators bekannt geworden ist, seine eigene Verfügung mit Willen \*\*) nicht aufhebt, bleibt wenigstens letztere bestehen, wogegen das widerrufene Testament nach wie vor kraftlos bleibt (Art. 2414 \*\*\*). —

Es fragt sich nun zunächst, ob auch jede sonstige Nichtigkeit resp. Ungültigkeit des einen Testaments auch das andere korrespondierende Testament entkräftet? Die Frage muß wohl richtiger bejaht werden \*\*\*\*), da Art. 2409 ganz allgemein bei Ungültigkeit des einen Testaments auch das andere korrespondierende Testament ungültig werden läßt, ohne zwischen den einzelnen Ungültigkeitsgründen zu unterscheiden. Dann aber auch im Hinblick auf das argumentum e contrario aus Art. 2413. Denn letzterer bestimmt, das bei nicht korrespondierenden gegenseitigen Testamenten nicht nur der einseitige Widerruf, sondern auch jedes andere Unwirksamwerden auf das Fortbestehen der Verfügung des anderen Testators von keinem Einfluß ist. Darin liegt offenbar ein indirekter Hinweis darauf, daß wenigstens bei korrespondierenden Testamenten jede Ungültigkeit der einen Verfügung auch die andere vernichtet, wie das ja für den Fall des Widerrufs im folgenden Art. 2414 ausdrücklich hervorgehoben wird. — Man könnte nun — wie Heinzerling l. c. S. 265 f. solches für das gemeine Recht auch wirklich thut — meinen, die Frage, ob das Testament gültig ist oder nicht, könne sich erst beim Tode des betreffenden Testators erweisen, in welchem Falle aber die Verfügung des überlebenden Testators eo ipso erlösche. Allein die Frage wird aktuell, wenn der lebende Testator wenigstens seine lega-

\*) So auch deutsches B. G. B. § 2270, Abschn. 2. —

\*\*) Und zwar muß dieser Wille deutlich nachweisbar sein. Bloßes Stillschweigen des nicht widerrufenden Theils genügt also nicht, vgl. aber dagegen Stobbe's Handbuch des Deutschen Privatrechts B. V (1885) § 307, S. 257.

\*\*\*) So auch das gemeine Recht, cfr. Heinzerling l. c. S. 274 u. Glück, Erläuterung, B. XXXVI, S. 67, welchem letzteren Art. 2414 entnommen zu sein scheint. — Ubrigens war es im gemeinen Recht überhaupt bestritten, inwiefern ein korrespondierendes Testament überhaupt widerrufen werden könne und welche Wirkung der einseitige Widerruf habe, vgl. besonders Heimbach in Weiskes Rechtslex. B. X, S. 892—896, u. Mühlenthal in der Fortsetzung zu Glück's Pandektenkommentar, B. XXXVIII, S. 218 ff. —

\*\*\*\*) So auch Erdmann System B. III, § 244, S. 229, Note 6 u. f. d. gemeine Recht Windscheid: Lehrb. B. III, S. 98. —

tarischen und sonstigen Verfügungen unter Abänderung der Erberrsetzung aufrechterhalten zu wollen erklärt, oder wenn er gleich nach dem erstverstorbenen Testator und ohne sich über Antritt oder Ausschlagung erklärt zu haben, verstirbt. — Hiernach würden die in Art. 2789 aufgezählten Gründe, aus welchen ein Testament als nichtig angefochten werden kann, beide korrespondirenden Verfügungen entkräften, selbst wenn sie nur bei einer derselben zuträfen. So erlischt demnach das ganze korrespondirende Testament, wenn der eine Erblasser nicht die Fähigkeit hatte, ein Testament zu errichten, wenn die eine Verfügung durch Zwang, Betrug oder wesentlichen Irrthum herbeigeführt war oder an einem wesentlich formellen Mangel litt, wenn sie unvollendet geblieben ist, wenn sie den betreffenden Gesetzen widerspricht oder absolut sinnlos, unverständlich oder widerspruchsvoll ist, dann aber auch, wenn in Liv- und Esthland dem kinderlosen Testator nach der Errichtung des korrespondirenden Testaments ein Leibeserbe geboren wird, sei es vor oder nach seinem Tode, denn die Geburt eines posthumus rumpiert nach Art. 2796 in Liv- und Esthland bei Kinderlosigkeit des Testators jedes Testament, also auch das korrespondirende \*).

Auch die Ehescheidung wird zu den Erlösungsgründen des korrespondirenden oder auch nur reciproken Testaments zu rechnen sein. Wurde es nämlich zwischen Ehegatten errichtet, so muß schon im Hinblick auf Art. 123 Ungültigkeit des ganzen korrespondirenden Testaments angenommen werden, da dieser Art. für den Fall der Ehescheidung alle Verfügungen der Ehegatten zu ihren gegenseitigen Gunsten erlöschen läßt. Unter Verfügungen im Allgemeinen sind aber offenbar nicht nur Verfügungen unter Lebenden, also insbesondere Eheverträge, sondern auch letztwillige Verfügungen, zu denen auch das gegenseitige Testament gehören dürfte,

---

\*) Vgl. auch Erdmann System B. III, S. 232, Note 3. — In diesem Fall muß der eventuell nach dem Tode des lebenden Testators eingesetzte Dritte dem posthumus weichen, vgl. auch f. das gemeine Recht Böhm. l. c. S. 179. Das Gegentheil behauptet (für das gemeine Recht) Heintzlering, l. c. S. 288, allein mit der unzureichenden Begründung, daß die Rechte des dritten Erben schon bei der Testamenterrichtung (?) erworben seien gleichsam wie durch Vertrag oder sonstigen Titel, denn durch die Testamenterrichtung erwirbt der Erbe noch nichts, er hat nur eine spes succedendi. Beim Erbvertrage ist das allerdings anders, aber letzterer unterscheidet sich eben sehr bedeutend vom korrespondirenden Testamente. Aus einem anderen Grunde Glück l. c. B. XXXVI, S. 74 f.: wenn die nächsten Verwandten des lebenden Testators eingesetzt seien, so gehörten offenbar auch die posthumi dazu. Also könne das Testament des lebenden Ehegatten niemals durch Geburt eines posthumus rumpiert werden, es fehle an jeder Voraussetzung einer Ruption.

zu verstehen“). Hätte der Gesetzgeber die letztwilligen Verfügungen ausnehmen wollen, so hätte er sich nicht so allgemein ausdrücken dürfen, wie er es gethan und andererseits hätte er dann auch nicht die Aufhebung der Eheverträge neben den „Verfügungen“ noch besonders genannt. (Im Text steht vor „Eheverträge“ noch ein „und...“). Auch in den Quellenzitate finden sich Verfügungen auf letztwillige Verfügungen (I. 49, § 6, D. III, 32)\*\*). Endlich sprechen dafür die Analogien des Römischen Rechts und des Erlöschens aller gegenseitigen gesetzlichen Erbrechtsansprüche (Art. 122.) —

Was dagegen die Verfügungen über Erbgut in Liv- und Esthland anbelangt, so braucht das korrespondierende Testament, worin zu Ungunsten des Erbgutsberechtigten über solches Gut verfügt worden ist, an sich und in jedem Fall keineswegs ungültig zu sein. Schon Art. 2795 verfügt, daß eine derartige Übergehung der nächsten gesetzlichen Erben, ja sogar die Enterbung derselben ohne rechtmäßigen Grund die nächsten Erben nur zur Herausgabe des Erbgutes oder des Ererbten berechtigt, im Übrigen aber das Testament, soweit es nach den gegebenen Verhältnissen möglich, in Kraft verbleibt, womit offenbar ausgesprochen ist, daß eine vollständige Nichtigkeit nur insoweit eintritt, als der gesamte Nachlaß, über welchen im Testamente verfügt wurde, Erbgut oder ererbtes Vermögen war. Das Esthländische Land- und Stadtrecht sprechen die (durch Unsechtung geltendzumachende) Nichtigkeit derartiger Testamente schon deutlicher aus (vgl. Artt. 969, 970 u. 972) ebenso auch das Livländische Landrecht (Art. 961), allein auch für das Livländische Stadtrecht ist eine solche Nichtigkeit nach Analogie des jede Veräußerung des Erbgutes verbietenden Art. 966 nicht wohl zu bezweifeln. Jedoch ist auch hier wie bei Art. 2725 eine Nichtigkeit gewiß nur in dem Umfange anzunehmen, als die Verfügung de facto Erbgut betrifft. Daher bleibt sie in allen übrigen Bestimmungen, namentlich soweit sie sich auf das wohl erworbene Vermögen bezieht oder anderweitige Anordnungen enthält, z. B. Ernennung von Vormündern, Testamentserketoren etc., gemäß Art. 2795 bei voller Kraft. —

Einen plausiblen Grund, alles dies nicht auch auf korrespondierende Testamente anzuwenden, giebt es meiner Ansicht nach nicht. Werden also auch

\*) In diesem Sinne äußert sich auch die Theorie des Provinzialrechts, vgl. Erdmann: „Das Güterrecht der Ehegatten nach dem Provinzialrecht Liv-, Est- und Kurlands“ (Dorpat 1872) S. 165, der übrigens mit vollem Recht darauf hinweist, daß diese Wirkung der Scheidung sich nicht etwa als Strafe darstellt, sondern daß vielmehr hier die Präsomption einer Zurückziehung der Verfügung Platz greife, deren faktisches Zustandekommen nur der Tod verhindert hätte. — Vgl. auch Erdmann: System B. I, S. 464. —

\*\*) Vgl. die bei Erdmann Güterrecht I. c. S. 165, Note 25 angeführte Stelle aus dem corp. jur. civ.

nur in der einen korrespondierenden Verfügung die gedachten Bestimmungen des Prov. R. über Erbgut oder ererbtes Vermögen verletzt und fecten die gesetzlichen Erben das korrespondierende Testament nach dem Tode des einen Testators an, so tritt völlige Nichtigkeit des ganzen Testaments, also auch der andern korrespondierenden Verfügung ein, wenn Gegenstand der letztwilligen Disposition nur Erbgut resp. ererbtes Vermögen war, während es entgegensehensfalls, wenn der Testator außerdem noch über eigenes, wohl-erworbenes Vermögen verfügte resp. die erwähnten andern, nichtinstituirenden Dispositionen traf, bei theilweiser Kraft verbleibt, die andere korrespondierende Disposition sogar vollständig, nicht bloß zu dem der erstern entsprechenden Theile. —

Hat dagegen nach Aurländischem Recht der eine Testator einem Notherben nichts oder doch weniger als den Pflichttheil hinterlassen, so ist seine Verfügung deswegen allein keineswegs ungültig resp. anfechtbar und so bleibt daher auch die andere korrespondierende Verfügung in vollster Kraft, denn dem übergangenen Notherben steht nur eine Klage auf Auskehrung des Pflichttheils oder die actio suppletoria gegen den überlebenden Testator zu, das Testament als solches kann er nicht anfechten (vgl. Art. 2793). Dasselbe gilt von dem nach der Errichtung eines solchen korrespondierenden Testaments dem einen Testator geborenen Notherben (Art. 2794 \*). —

Ueber die Ausschlagung der Erbschaft bei korrespondierenden Testamenten enthält das Provinzialgesetzbuch im Ganzen ausreichende Bestimmungen. Darnach fällt die vom überlebenden Testator ausgeschlagene Erbschaft an die gesetzlichen Erben des Vorverstorbenen nach den Grundsätzen der Intestatabfolge (Art. 2415), nur müssen sich letztere gefallen lassen, daß der Ueberlebende die vom vorverstorbenen Testator aus dessen Vermögen ausgesetzten Vermächtnisse wem gehörig auszahlt, wozu er nach Art. 2420 geradezu verpflichtet ist. Im Uebrigen erlangt der Ausschlagende über sein eigenes Vermögen freie Disposition und kann letzteres beliebig wem hinterlassen. — Wie es zu halten ist, wem die beiderseitigen Vermögensmassen in dem korrespondierenden Testamente mit Legaten belastet sind, ist im Provinzialgesetzbuche leider nicht gesagt. Jedoch liegt es wohl in der Natur der Sache und wird auch der Gerechtigkeit und der gesunden Vernunft am meisten entsprechen, wenn man die Onerierung nur zur Hälfte wirksam werden läßt und mit dieser Hälfte nur die ausgeschlagene Erbschaft

---

\*) Der für den Tod des leztlebenden Testators beiderseits instituirte dritte Erbe muß daher dem Notherben insoweit weichen, als des letzteren suppletorischer Anspruch beträgt, während er die sonstige Testamentserbschaft bekommen kann. Daß für das gemeine Recht Heinzerling in seiner zit. Abhandlung l. c. S. 288 anderer Ansicht ist, haben wir schon in der vorlezten Note gesehen.

belastet. Denn die Legatäre können doch offenbar den Ausschlagenden nicht zwingen, sein eigenes Vermögen zu ihren Gunsten zu verringern und noch weniger können sie das von dem an die Stelle des Ausschlagenden tretenden gesetzlichen oder testamentarischen Erben verlangen oder gar ihn veranlassen, vom Ausschlagenden auch den etwa auf sein Vermögen entfallenden Theil der Legate zu fordern und ihnen, den Legatären, alsdann auszukehren. Solches würde überdies dem in Art. 2415 in fin. ausgedrückten Prinzip, wonach der Ueberlebende im Fall der Ausschlagung das freie Dispositionsrecht über sein Vermögen sowohl durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch auf den Todesfall erlangen soll, widersprechen. Dazu kommt noch, daß von einem noch lebenden Testator die Entrichtung der von ihm am eigenen Vermögen ausgelegten Legate wohl nicht verlangt werden kann, die Legatsklage vielmehr höchstens nach dem Tode des Ueberlebenden existent werden würde. —

Hatte nur der Ueberlebende sein Vermögen mit Legaten belastet, so dürfte wohl Art. 2420 in Anwendung kommen und somit freies Dispositionsrecht für den Ausschlagenden über sein Vermögen einreten. Stirbt also der Lebende, ohne sein Testament aufrechtzuerhalten, so haben die im korrespondenten Testament denominierten Legatäre in letzterem Falle nicht das Recht, Auszahlung der Legate seitens der zur Perception gelangenden Erben zu verlangen, eben weil die Legate mit dem Momente des Todes des vorverstorbenen Testators resp. der Ausschlagung der Erbschaft — soweit sie der Ausschlagende an seinem Vermögen errichtet hatte — zusammen mit dem Testamente selbst erloschen sind. (Artt. 2415 u. 2417). —

Die Bestimmung des Art. 2420, daß der Ausschlagende die am Vermögen des vorverstorbenen Erblassers von letzterem errichteten Vermächtnisse nichtsdestoweniger zu entrichten hat, darf aber nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wo beide Testatoren im korrespondenten Testament zum Erben ihres gemeinschaftlichen Nachlasses eine dritte Person ernannt haben, die somit erst nach dem Tode des Lebenden in den Gesamtnachlaß beider Erblasser succedieren würde, und zwar etwa in der Weise, daß die Verfügung zu Gunsten dieses Dritten auch dann aufrecht zu erhalten sei, wenn der Ueberlebende die ihm zugefallene Erbschaft seines Mittestators ausschlage. Denn Art. 2417 läßt diese Folge nur stattfinden, wenn der Ueberlebende die Erbschaft angetreten hat, woraus mittelst des *argumenti e contrario* folgt, daß die Ausschlagung jene Folge nicht hat, vielmehr die Verfügung zu Gunsten des Dritten erloschen ist und der Ueberlebende das freie Dispositionsrecht über sein Vermögen erlangt (Art. 2415 in fin.). —

Schlägt der lebende Testator die Erbschaft des vorverstorbenen aus, so hat — was zunächst das korrespondente Testament anbetrifft — das in diesem Fall platzgreifende Erlöschen beider Willenserklärungen eine doppelte

Folge, nämlich für das Testament des vorverstorbenen — den Eintritt der Intestaterbfolge (Art. 2415) und für das Testament des überlebenden Testators — den Eintritt des freien Dispositionsrechts über sein gesamtes Vermögen sowohl durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch auf den Todesfall\*). Damit also der dereinstige Nachlaß des letztlebenden Testators an seine Intestaterben falle, bedarf es keines ausdrücklichen Widerrufs des von ihm errichteten Testamentes oder Erklärung desselben für ungültig, da letzteres ja ipso jure mit dem Tode des Vorverstorbenen zusammenfällt. — Vielmehr erlischt die Verfügung des Ueberlebenden von selbst, ohne sein Zuthun. Dagegen dürfte umgekehrt dem Letztlebenden die Möglichkeit, seine eigene im korrespondenten Testament getroffene Verfügung trotz Ausschlagung der Erbschaft des Vorverstorbenen dennoch bei Kraft zu belassen, keineswegs genommen sein. Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht die Analogie des Widerrufs in Art. 2414. So wie der von einer Seite erfolgte Widerruf des Testamentes die Verfügung des Widerrufenden zwar in jedem Fall, die des andern Theils dagegen nicht aufhebt, wenn letzterer, trotzdem ihm der Widerruf bekannt geworden ist, seine eigene Verfügung mit Willen unabgeändert läßt, so muß dasselbe offenbar auch für die Ausschlagung der Erbschaft gelten. Dieser Wille, das Testament aufrechtzuerhalten, muß jedoch sowohl in dem einen, als auch in dem andern Falle von dem, der sich darauf berufen will, bewiesen, darf also nie präsumiert werden. Jedoch genügt jeder Beweis, auch der durch factis concludentibus geführte, wofern nur der wirkliche Wille des Ausschlagenden, die eigene Verfügung aufrechtzuerhalten, außer Frage gestellt wird. Ebendaher wird der im korrespondenten Testamente beiderseitig instituierte Dritte d. h. diejenige Person, die in den Gesamtnachlaß beider Testatoren, so wie er sich nach dem Tode des Letztlebenden darstellt, zwar nicht in die Nachlaßmasse des erstverstorbenen Testators — denn dessen Verfügung ist ja sowohl im Fall des Widerrufs der letztern, als auch bei Ausschlagung der Erbschaft abseiten des Ueberlebenden in jedem Fall erloschen — wohl dagegen in die Erbschaft des Letztlebenden, der ja seine Verfügung aufrechterhalten will, succedieren dürfen und den letztere beanspruchenden Intestaterben gegenüber siegen und dasselbe wäre hinsichtlich der vom Ueberlebenden an dessen Vermögen ausgelegten Legate zu behaupten, die gleichfalls gültig bleiben. — Sehen wir nun den Fall, daß der Ueberlebende die Erbschaft des Vorverstorbenen — einerlei ob das gemeinsame Testament ein korrespondentes oder bloß reciprokes war — angetreten hat, so ist nach dem genauen Wortlaut des Art. 2416 die vom Ueberlebenden zu Gunsten des vorverstorbenen Testators errichtete Verfügung mit dem Tode

---

\*) So auch für das gemeine Recht Heizerling l. c. §. 275, Glück Erläut. B. XXXVI, §. 68, Heimbach l. c. §. 901.

des Letztern ipso jure mit allen ihren Einzelbestimmungen, Anordnung von Vermächtnissen, Vormundschaften\*) etc. erlöschen und der Vetztlebende erlangt die volle Dispositionsfähigkeit über den Gesamtnachlaß, über den er durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch testamentarisch nach seinem Belieben verfügen kann. Diese Regel wird jedoch durch den gleich darauf folgenden Art. 2417 beträchtlich eingeschränkt. Darnach darf nämlich, wenn in dem gegenseitigen Testamente die Anordnung getroffen ist, daß der nach dem Tode des Vetztlebenden sich ergebende beiderseitige Gesamtnachlaß einer dritten Person oder den nächsten Verwandten beider Testatoren zufallen solle — in welchem Fall nach Art. 2411 stets Korrespondenz des gegenseitigen Testaments anzunehmen ist\*\*) — der Ueberlebende, falls er die Erbschaft des Vorverstorbenen antritt, weder an dieser Verfügung etwas ändern, noch sogar über sein eigenes Vermögen zu Ungunsten des instituierten Dritten irgendwie durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall verfügen.\*\*\*) Er ist also in seiner Dispositionsfreiheit bedeutend eingeengt.†) Diese Eingengung beruht vor Allem auf der dem gemeinen Recht entnommenen, wie gesagt, Anschauung, daß jeder Testator den andern mit einem Universal-fideikommiß belaste, welches auch das eigene Vermögen des Ueberlebenden ergreife (vgl. unsere vorhergehenden Ausführungen auf S. 343). Eine solche Bindung der Dispositionsfreiheit eines Andern ist eben — wie wir sahen — im Römischen Recht durchaus zulässig. Dann aber hat jene Beschränkung ihren Grund wohl auch darin, daß die Kodifikation hier offenbar von dem Gedanken ausgeht, daß die Verfügung des überlebenden Testators wenigstens für diesen Fall als nicht erloschen gelten solle. Wahrscheinlich gemacht wird diese Annahme durch die Verbindung, in welcher die Artt. 2416 und 2417 miteinander stehen. Art. 2416 schließt mit den Worten: ... „so ist sein d. h. des . . . Testament als erloschen anzusehen und er erhält die freie

\*) Das gilt aber nicht für die vom Vater oder von der Mutter auf ihren Todesfall ihren Kindern u. eingesetzten Vormünder, denn eine solche Einsetzung bleibt auch dann gültig, wenn das Testament im Uebrigen nicht rechtsbeständig ist, ja sogar dann, wenn es nur unzweifelhaft erwiesen ist, daß die Eltern resp. einer derselben gerade diese Personen zu Vermündern ihre Kinder einsetzen wollten, ohne indeß ihre Absicht ausgeführt zu haben, wird eine gültige Datibutuel angenommen (vgl. Art. 291 Ch. III des Prov. Rs.).

\*\*) So auch Deutsches B. G. B. § 2270 Abs. 2. —

\*\*\*) Es beruht wohl auf einem offenkundigen Versehen, wenn Erdmann: System B. III S. 231 wenigstens die Verfügungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden dem Vetztlebenden Testator freigegeben will. —

†) Damit hat das Provinzialgesetzbuch die bekannte gemeinrechtliche Kontroverse, ob in diesem Falle dem Vetztlebenden Testator ein freies Verfügungsrecht über das eigene Vermögen zustehe oder nicht, entschieden. Für das Letztere sind unter Anderem: Glück: Glück, B. XXXVI, S. 69, Mißlenbruch: l. c. B. XXXVIII, S. 233 und 241, Heimbach l. c. S. 901 ff. und Andere.



Dispositionsfähigkeit über das ganze beiderseitige Vermögen . . ." während Art. 2417 fortfährt: „War dagegen im Testamente verordnet, daß . . . nach dessen Tode . . . ihr beiderseitiger Nachlaß an gewisse andere Personen kommen solle, so ist der Lebende, nachdem er die Erbschaft angetreten, nicht befugt, an dieser Verordnung irgend etwas zu ändern, noch über sein eigenes Vermögen anderweitig auf den Todesfall zu verfügen . . ." Doch mag immerhin die Erwägung, daß bei Annahme des mit dem Erbschaftsantritt des Ueberlebenden verknüpften Erlöschens der eigenen zu Gunsten des Vorverstorbenen getroffenen Verfügung und der daraus für den Lebenden resultierenden Dispositionsfreiheit über den beiderseitigen Gesamtnachlaß (Art. 2416 in fin.) der faktische Gebrauch dieser Freiheit zu Ungunsten des beiderseitig instituierten Dritten letztern gegen den Willen des Erstverstorbenen um die Erbschaft bringen würde — ein Resultat, das schon dem Prinzip der obligatorischen Aufrechterhaltung des korrespondenten Testaments in allen seinen Stücken bei Antretung desselben durch den Ueberlebenden widersprechen dürfte — gleichfalls eines der leitenden Motive für die gedachte Beschränkung des Art. 2417 abgegeben haben. — Diese Fürsorge des Gesetzes um das Wohl und Wehe des Dritten geht so weit, daß die Beschränkung des Ueberlebenden in seiner Dispositionsfreiheit auch hinsichtlich seines eigenen Vermögens sich sogar auf den etwaigen Zuwachs zu seinem Vermögen — selbst wenn dieser Zuwachs wohl erworben sein sollte — erstrecken soll (vgl. Art. 2417 in fin.), ein weiterer Beweis für die Richtigkeit unserer Vermuthung, daß die Modifikation in diesem Fall ausnahmsweise die Verfügung des Ueberlebenden offenbar als noch fortexistierend ansehen will. Und endlich mögen in der Bestimmung des Art. 2417 zit. Ueberreste (der theoretisch zu verwerfenden, auch vom Prov. R. de facto verworfenen) Ansicht zu erblicken sein, die das korrespondente Testament als einen Erbvertrag auffaßt. — Jedoch darf man andererseits aus Art. 2417 in fin. auch wieder nicht die Schlussfolgerung ableiten, als müßten nunmehr auch alle vom Ueberlebenden an seinem eigenen Vermögen im korrespondenten Testamente errichteten Legate für ihn unwiderruflich werden. Diese kann vielmehr der überlebende Testator ja nach seinem Belieben aufheben oder anders anordnen, also z. B. die Legate andern Personen hinterlassen, denn die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Ueberlebenden, wie sie Art. 2417 statuiert, resp. die hier anzunehmende Weiterdauer der eigenen Verfügung trotz des Todes des Erstverstorbenen, dienen, wie aus dem ganzen Art. 2417 hervorgeht, in der Hauptsache offenbar nur dem Zweck, dem instituierten Dritten den Gesamtnachlaß ungeschmälert zu erhalten. Gegen diesen Zweck würde aber die Aenderung oder Aufhebung der vom Ueberlebenden an seinem Vermögen angeordneten Legate gewiß nicht verstoßen, ja der Widerruf der Legate würde sogar, wenn er mit gleichzeitiger Zuwendung derselben an den Dritten

verbunden war, jenem Zweck eher noch förderlich sein.\*) — Bei dieser Gelegenheit entsteht noch eine Frage, für deren Beantwortung ich keinen passenderen Platz als an dieser Stelle finde. Es kann nämlich sein, daß ein korrespondierendes Testament so lautet:

„Nach dem Tode des längstlebenden Testators soll der Gesamtnachlaß zur Hälfte den beiderseitigen nächsten Verwandten zufallen.“

Mangels näherer testamentarischer Bestimmung wollen Manche, wie z. B. Heinzerling in seiner mehrfach zitierten Abhandlung S. 285 ff. die so gefaßte Verfügung dahin auslegen, daß jeder Ehegatte (resp. sonstige korrespondierende Testator) nur bezüglich seines Nachlasses verfügt habe. Dem würde aber schon der Ausdruck „Gesamtnachlaß“ widersprechen, der zu einer andern Auslegung führen muß. Der wahre Wille der Testatoren wird vielmehr darauf gerichtet sein, daß der nach dem Tode des Ueberlebenden sich ergebende Gesamtnachlaß in zwei Hälften zu theilen sei, von denen eine den nächsten Verwandten des vorverstorbenen, die andere dagegen denen des letztverstorbenen Testators (nach Heinzerling des Ehegatten) zufallen soll. Das wird auch für das baltische Recht gelten müssen. — Dieselbe Auslegung hat Platz zu greifen, wenn die Verfügung lautete:

„Nach dem Tode des längstlebenden Testators fällt der Gesamtnachlaß unsern nächsten Verwandten zu“.

Der Ausdruck „unsere“ oder auch: „den beiderseitigen nächsten Verwandten“ ist also nicht etwa auf die Verwandten des zuletztverstorbenen Testators zu beschränken. Dies schon aus Gründen der Billigkeit. Denn man kann nicht annehmen, der eine Testator habe seine nächsten Verwandten garnicht berücksichtigen wollen. Art. 2417 steht derartigen Willensinterpretationen keineswegs entgegen.

Andererseits darf man aber den gedachten Art. 2417 nicht auf den Fall ausdehnen, wo in dem korrespondierenden Testamente zwar noch eine dritte Person zum Erben eingesetzt ist, allein nicht zum Erben des nach dem Tode des Rechtlebenden sich ergebenden Gesamtnachlasses beider

\*) Möglich ist, daß auf die Entstehung des Art. 2417 noch etwas Anderes eingewirkt haben mag, nämlich die zu jener Zeit in der Theorie herrschende Ansicht, daß das korrespondierende Testament, das über das Schicksal des beiderseitigen Nachlasses nach dem Tode beider Testatoren irgend welche Bestimmungen enthalte, sich in einen Erbvertrag verwandele, vgl. Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts B. V § 307 S. 257, wiewohl Art. 2412 ausdrücklich sagt, daß gegenseitige Testamente, soweit das Gegentheil nicht ausdrücklich aus ihrer ganzen Fassung erhelle, nicht als Erbverträge aufzufassen und daher dem gegenseitigen Widerruf ihrer Urheber unterworfen seien, vgl. Stobbe l. c. S. 258.

\*\*) Vgl. auch für das gemeine R.: Glück, Erläut., B. XXXV, l. c. S. 62 ff. Heimbach, l. c. S. 902, Mühlenthal, B. XXXVIII, S. 235 ff.

Testatoren, sondern nur zum Erben in den Nachlaß des einen Testators. Nehmen wir an, daß A und B ein korrespondirendes Testament untereinander errichtet haben. In demselben bestimmt aber nur ersterer, daß sein gesamntes Vermögen zwar nach seinem Tode dem B, aber doch nur zur *Nutznutzung* zufallen solle, wogegen nach dem Tode des B sein, des A, Nachlaß auf den C überzugehen habe. Stirbt A zuerst, so ist B allerdings an die Bestimmung des Testaments hinsichtlich des ihm zugefallenen Nachlasses gebunden und darf über denselben — auch wenn er ihm nicht zur bloßen Nutznießung, sondern zur vollen Proprietät vermacht worden wäre — in keiner Weise, weder durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, noch auf den Todesfall verfügen. Ganz anders jedoch, wenn B zuerst stirbt. In diesem Fall kann nur Art. 2416 in Anwendung kommen und dieser besagt, daß mit dem Moment, wo der überlebende Testator die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten hat, seine eigene Verfügung erlischt und für ihn die gänzliche Verfügungsfreiheit nicht nur hinsichtlich des eigenen, sondern auch in Bezug auf die ihm von dem andern Testator hinterlassene Erbschaft eintritt. Erlischt sie aber, so fallen damit auch alle sonstigen daselbst getroffenen Anordnungen, so insbesondere auch die Festsetzung von Legaten und namentlich auch die etwaige Einsetzung des erwähnten Dritten zu seinem, des B, Universalerben zusammen, auch wenn oder vielmehr erst recht, wenn diese Verfügung das Vermögen des andern Testators mitbeträfe. — Die entgegengesetzte Annahme wäre mit der ihm in Art. 2416 gewährten völligen Dispositionsfreiheit, die sich ihrerseits nur als Folge des sofortigen Erlöschens des vom Ueberlebenden errichteten Testamentes darstellt, unvereinbar. Daher ist A berechtigt, sein Testament beliebig zu ändern und den beiderseitigen Gesamtnachlaß dem C zu entziehen und einem Andern zuzuwenden. Mit andern Worten: eine Gebundenheit jedes Lebenden hinsichtlich seiner Verfügungsberechtigung über den Gesamtnachlaß beider Testatoren findet — vorausgesetzt, daß er die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten hat — nur in dem Fall statt, wenn der Dritte von beiden Testatoren, also in den beiderseitigen Gesamtnachlaß als Erbe eingesetzt war d. h. nach dem Tode des Ueberlebenden in die beiderseitigen Erbschaftsmassen succedieren sollte. Nur in diesem Fall könnte der C die Restitution des Gesamtnachlasses seitens der letztern in Anspruch nehmenden Intestaterben des Ueberlebenden verlangen, während er im vorigen Fall den Intestaterben — oder falls der Ueberlebende über den Nachlaß anderweitig verfügt hat — den betreffenden Testamentserben weichen muß. Art. 2417 involviert also nur eine Einschränkung der in dem vorhergehenden Art. 2416 ausgesprochenen allgemeinen Regel und beide Artikel lassen sich nur dann richtig verstehen, wenn man sie in der Weise, wie es hier geschehen, miteinander in Zusammenhang bringt. — Die Praxis der frühern Nigaschen Stadtgerichte hat obige Auslegung des Art. 2417 auch in der

That anerkannt, wie aus einem in der Zwingman'schen Sammlung Bd. IV S. 133 ff. wiedergegebenen Appellationserkenntniß des Rigaschen Rathes vom 12. April 1874 sub Nr. 2378 hervorgeht. Dasselbst heißt es nämlich am Schluß:

„Eine solche beiderseitige Verfügung der Eheleute findet sich nun in dem Testament des H'schen Ehepaares nicht vor. Vielmehr hatte nur John H. für den Fall seines dem seiner Ehefrau vorausgehenden Todes Anordnung darüber getroffen, wem das gemeinschaftliche Vermögen, nach dem dereinstigen Ableben auch seiner Ehefrau zufallen solle. Dieser Fall trat nicht ein, John H. überlebte seine Ehefrau und trat deren Nachlaß an. Damit erlosch gesetzlich das von ihm errichtete Testament. Da eine Verfügung des John H. für den wirklich eingetretenen Fall, daß sie die Erstverstorbene sein sollte, nur in soweit vorhanden ist, daß sie solchenfalls ihren Ehemann zum unbeschränkten Universalerben ernannt, nicht aber zugleich angeordnet hat, auf wen das nachgelassene Vermögen auch nach seinem dereinstigen Ableben übergehen solle, und da ebensowenig nach Erlöschung seines früheren Testaments John H. selber über seinen Nachlaß letztwillig disponiert hat, so ist die nothwendige Folge von allem dem, daß in diesen Nachlaß einzig und ausschließlich die Blutsverwandten des John H., zu denen die Brüder C. ihrem eigenen Einbekenntniß nach nicht gehören, succedieren können.“

Die Gründe, welche Zwingmann in einer Nachschrift zu diesem Urtheil (vgl. S. 135 ff.) gegen die — meiner Ansicht nach wissenschaftlich absolute — Richtigkeit desselben vorbringt, scheinen mir nicht durchschlagend zu sein. Das gegenseitige Testament, meint Zwingmann, bestehe eigentlich aus zwei von einander unabhängigen (!) Testamenten, so daß mit dem Wegfall der Erbeinsetzung in dem Testament des Ueberlebenden nicht auch die darin zu Gunsten dritter Personen getroffenen Verfügungen wegfielen. In vorliegendem Fall sei somit nur die Verfügung zu Gunsten des Vorverstorbenen, nicht aber auch die zu Gunsten des dritten erloschen. Es handele sich im vorliegenden Fall um ein Ungültigwerden des Testaments durch Wegfall der Erbeinsetzung. Diese sei aber nur in Aurland ein nothwendiges Fundament einer jeden testamentarischen Verfügung, nicht aber auch in Liv- und Esthland. Denn nach Artt. 2474, 1981 und der Anm. 2 zum Art. 2791 seien alle Testamente soweit als möglich aufrechtzuerhalten und selbst der Mangel einer Erbeinsetzung widerstrebe in Liv- und Esthland nicht der Durchführung der testamentarischen Anordnungen durch die Intestaterben oder den Testamentser Executor; Art. 2420 spreche aber nur von einer Ungültigkeit wegen Wegfalles der Erbeinsetzung. — Die erste Behauptung, die gegenseitigen Testamente seien eigentlich zwei von einander unabhängige Testamente, bedarf nach unsern vorherigen Ausführungen hinsichtlich der korrespondirenden Testamente — und um ein solches handelt es

sich allein in dem vorliegenden Urtheil — wohl kaum einer weitem Widerlegung. Ein korrespondirendes Testament ist ja eben ein solches, wo die eine Verfügung von der andern abhängig ist, mit ihr steht und fällt. Das korrespondirende Testament ist ein Testament, das aus zwei letztwilligen Verfügungen besteht, diese aber zu einem Willensakt zusammenfaßt. Die Artt. 2409—2420 lassen hierüber keinen Zweifel zu. Damit fallen auch die von Zwingmann aus jener Behauptung gezogenen Schlußfolgerungen in sich zusammen. Aber auch die Berufung auf Artt. 2474, 2791 Anm. 2 und 1981 ist abwegig. Zwingmann übersieht offenbar, daß hier nicht das in der Anm. 2 Art. 2791 ausgesprochene, dem Wesen des liv- und estländischen Testaments — das eine Erbesetzung nicht als unumgängliches Erforderniß des Testaments, wie das kurländische Recht, hinstellt — entsprechende Prinzip der Aufrechterhaltung der sonstigen letztwilligen Verfügung trotz Wegfalls oder Mangels der Erbesetzung ausschlaggebend ist, sondern daß es vielmehr gerade die von ihm augenscheinlich mißverstandenen Artt. 2416 und 2417 sind, die für die Richtigkeit der in dem zitierten Urtheil vertretenen Anschauung entscheidend ins Gericht fallen. Denn es stünde wahrlich schlimm um die dem überlebenden Testator in Art. 2416 gewährleistete Dispositionsfreiheit über das ganze beiderseitige Vermögen, wenn er gezwungen wäre, seine eigene, nicht vom Verstorbenen getroffene Verfügung zu Gunsten des Dritten aufrechtzuerhalten und jenes nicht beliebig Andern vermachen oder verschenken dürfte. Zwingmann unterläßt es eben, den Art. 2416 in Zusammenhang mit dem folgenden Art. 2417 zu bringen, er verkennet gänzlich, daß für den lebenden, die Erbschaft antretenden Testator dessen eigene Verfügung sofort mit dem Tode des Erstverstorbenen erlischt und ihn in seiner Dispositionsfreiheit nur dann bindet, wenn, wie das der folgende Art. 2417 bestimmt, im korrespondirenden Testament angeordnet war, daß nach dem Tode des lebenden Testators der beiderseitige Gesamtnachlaß auf eine dritte Person übergehen solle, was in dem vom Urtheil wiedergegebenen Thatbestande nicht der Fall war. — Liegen die Voraussetzungen des Art. 2416 vor, so kann ihnen gegenüber eine Berufung auf das in der Anm. 2 zu Art. 2791 ausgedrückte Prinzip nichts nützen. Was aber die Anm. 2 zu Art. 2791 anbelangt, so spielt sie — wie später gezeigt werden soll — allerdings eine gewisse Rolle in unserer Frage, allein nur nicht die, welche ihr Zwingmann zugebracht hat. Sie könnte nämlich höchstens dort von wirklicher Bedeutung werden, wo ihre Anwendung nicht das dem Überlebenden in Art. 2416 garantierte freie Verfügungsrecht über die beiderseitigen Vermögensmassen verletzt. —

Somit wäre die Richtigkeit des zitierten Urtheils des Rigaschen Rathes in allen seinen Stücken gegenüber den Zwingmann'schen Ausführungen aufrecht zu erhalten. —

Zu den Erlösungsgründen des gegenseitigen und speziell auch des korrespondierenden Testaments gehört — wie wir schon gesehen haben — auch die Ehescheidung\*). Jedoch wird in casu concreto darauf zu achten sein, ob das Testament für diesen Fall nicht besondere Bestimmungen enthält, also z. B. die Anordnung der Testatoren, daß ihre gegenseitige Erbeinsetzung auch in dem Falle aufrechtzuerhalten sei, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst werde. Diese Absicht der Testatoren, das Testament auch für den Fall der Ehescheidung gelten zu lassen, braucht aber nicht stets ausdrücklich im Testament ausgesprochen zu sein. Es genügt vielmehr, wenn sich aus dem ganzen Inhalt des korrespondierenden Testaments der Wille beider Ehegatten, das Testament auch für diesen Fall aufrechtzuerhalten, durch mittelbare Schlussfolgerung ergibt. Nur muß diese Schlussfolgerung auf festem Boden ruhen und darf keinem Zweifel Raum lassen. Eine Präsumtion, wenn auch nur eine praesumptio juris, für die auch im Falle der Ehescheidung gewollte Aufrechterhaltung des korrespondierenden Testaments, ist für das Provinzialrecht somit abzulehnen. — Mangels einer diesbezüglichen testamentarischen Anordnung wird es mithin in jedem einzelnen Fall Pflicht des Richters sein, zu erwägen, ob und inwiefern die Annahme gerechtfertigt ist, daß die korrespondierende Erbeinsetzung der nachträglich geschiedenen Ehegatten auch im Fall der wirklich erfolgten Ehescheidung von den Ehegatten als gewollt zu betrachten sei, daß somit die Ehegatten sich nicht eigentlich in der Eigenschaft als solche, sondern ganz abgesehen von dieser Qualität einander überhaupt zu Erben einsetzen wollten,\*\*) in welchem letztern Falle er natürlich das korrespondierende Testament bestätigen muß. —

Allein nicht nur dem Gesamtwillen beider Ehegatten, sondern auch dem Einzelwillen jedes von ihnen bleibt in dieser Hinsicht ein weiter Spielraum offen. Darnach dürfte es meiner Ansicht nach kaum einen gesetzlichen Hinderungsgrund dafür geben, daß die Absicht, das korrespondierende Testament trotz der Ehescheidung aufrechtzuerhalten, nur von einem der testierenden Ehegatten ausdrücklich ausgesprochen wird\*\*\*) oder den „Umständen“ nach zu entnehmen ist d. h. aus dem sonstigen Inhalt seiner Verfügung gefolgert werden muß, von dem andern, mittestierenden Ehegatten dagegen nicht wiederholt und für seine Person auch nicht anzunehmen ist. Endlich kann jeder geschiedene Ehegatte eine neue letztwillige Verfügung des Inhalts treffen,

\*) Dagegen für das gemeine Recht Götz l. c. S. 178.

\*\*) So auch für das Deutsche R. G. B. E. Goldmann: „Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des sog. Berliner Testaments“ (Vortrag) in den „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts“ Jahrg. 48 (1904) S. 67 f. —

\*\*\*) Allein dann fragt es sich, ob damit nicht der Charakter der Korrespondenz zerstört ist? Vgl. darüber unsere nachherigen Ausführungen. —

daß er, für seine Person, trotz geschiedener Ehe die eigene Verfügung auch für die Zukunft aufrechterhalte, und dasselbe können auch beide Ehegatten zusammen resp. gleichzeitig thun, worin unter Umständen ein neues, korrespondirendes oder wenigstens reciprokes Testament liegen kann. Gemeinsam jedoch ist allen diesen Fällen, daß die Verfügung des andern geschiedenen Ehegatten, dessen Wille, die letztere für den Fall oder trotz erfolgter Ehescheidung dennoch aufrechtzuerhalten, sich nicht erkennen läßt, noch aus den Umständen zu folgern ist, oder der nach der Scheidung es unterläßt, die Weiterexistenz seiner Verfügung durch eine neue letztwillige Anordnung zu bestätigen, ein für allemal erlischt, so daß dann auch die darin angeordneten Legate, die Einsetzung eines Dritten für den Fall des Todes des andern Ehegatten sowie alle sonstigen Dispositionen nothwendig in Wegfall gelangen müssen. —

Dagegen ist die bloß unterlassene ausdrückliche Aufhebung der eigenen Verfügung seitens des einen der geschiedenen Ehegatten selbstverständlich zur Aufrechterhaltung des ganzen korrespondirenden Testaments nicht genügend. Denn eine analogische Ausdehnung der Bestimmung des Art. 2414, auf Grund dessen die Verfügung des einen Testators, der trotz des ihm bekannt gewordenen Widerrufs des Testaments durch den andern Testator letzteres mit Willen unabgeändert bestehen gelassen hat, nichtsdestoweniger bei Kräften bleibt, auf den Fall der Ehescheidung, ist umsoweniger zulässig, als sie in direkten Widerspruch mit Art. 123 treten würde, der ja alle Verfügungen der Ehegatten zu ihren gegenseitigen Gunsten mit dem Momente der erfolgten Ehescheidung erlöschen läßt. Ja, auch die nachgewiesenermaßen wesentlich d. h. absichtlich unterlassene Aufhebung des Testaments durch die geschiedenen Ehegatten oder nur einen derselben dürfte nicht genügend erscheinen, um das korrespondirende Testament bei Kraft zu belassen. — Was aber die schon hervorgehobene eventuelle Aufrechterhaltung der Verfügung desjenigen Ehegatten anbelangt, der sie auch für den Fall der Ehescheidung bei Kräften lassen will, so ist zu betonen, daß sich eine solche auch auf alle darin angeordneten Legate oder sonstigen Dispositionen, z. B. Einsetzung eines Dritten beim Wegfall des in erster Linie eingesetzten (d. h. des Ehegatten) Erben erstreckt, soweit sie die Vermögensmasse des betreffenden Testators belasten. —

Art. 123 zit. läßt die hier behandelte Wirkung der Ehescheidung seinem ausdrücklichen Wortlaut gemäß nur im Fall der wirklich erfolgten Ehescheidung eintreten. Eine bloß beabsichtigte Ehescheidung dürfte also in Ermangelung diesbezüglicher testamentarischer Bestimmungen, auch wenn sie noch so klar erweislich oder erwiesen sein sollte, in keinem Fall zur Aufhebung des korrespondirenden Testamentes hinreichen resp. zur Anfechtung desselben seitens der nächsten Blutsverwandten des lebtlebenden Ehegatten berechtigen, sogar dann nicht, wenn die Scheidungsklage vom einen Theil

bereits erhoben ist\*) und ihre Durchführung nur durch den Tod des klagenden oder des beklagten Theils vereitelt wurde, noch weniger also dann, wenn der Scheidungsprozeß wegen mangelnden oder unbeweisbaren resp. unbewiesenen Scheidungsgrundes oder wegen Zurücknahme der Scheidungsklage zu keinem Resultate führte oder gar, wenn ein Scheidungsgrund zwar vorlag aber nicht geltendgemacht wurde oder wegen des Todes eines Ehegatten nicht geltendgemacht werden konnte. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint nur für den Fall konstatiert werden zu müssen, daß der eine Ehegatte sich des Ehebruchs oder der bösslichen Verlassung schuldig gemacht hat. In diesem Fall muß nämlich der schuldige Ehegatte nach Art. 2861 die bereits erworbene Erbschaft wieder den Blutsverwandten des verstorbenen Ehegatten herausgeben. Allein es ist zu beachten, daß in diesem § II wenigstens alle sonstigen Bestimmungen des korrespondirenden Testaments, so z. B. Einsetzung der Legate oder eines Dritten für den Fall des Todes oder Wegfalls des lebenden Gatten aufrechtzuerhalten sind und daß die Verfügung des schuldigen Theils nach wie vor bestehen bleibt und endlich, daß dieser Grund auf das Bestehen des korrespondirenden Testaments während Lebzeiten beider Ehegatten gar keinen Einfluß äußert. Es handelt sich also hier nur um einen sogenannten Creptionsfall, dessen eigentlicher Grund auch nur der Ehebruch, nicht die Scheidung ist, woher denn die Ausnahme des Art. 2861 eine bloß scheinbare ist. — Einen abweichenden Standpunkt vertritt — wenigstens zum Theil — das Deutsche B. G. B. — Letzteres läßt nämlich in Gemäßheit der §§ 1933 und 2077 jedes testamentarische und gesetzliche Erbrecht des einen Ehegatten am Vermögen des andern in der That erlöschen, falls der Erblasser zur Zeit seines Todes zur Erhebung der Scheidungsklage berechtigt war und solche auch schon erhoben hatte.\*\*\*) Gerade aber, weil das Provinzialgesetzbuch eine solche Sonderbestimmung nicht enthält, ist ein Erlöschen des korrespondirenden Testaments in den eben genannten Fällen im Hinblick auf den absolut gehaltenen Art. 123 abzulehnen. —

Fraglich erscheint es, ob auch die Trennung der Ehe wegen Nichtigkeit das gegenseitige und speziell das korrespondirende Testament hinfällig macht? — Das Provinzialgesetzbuch giebt darüber keine Auskunft und auch die älteren Rechtsquellen enthalten in dieser Hinsicht keine Bestimmungen.

\*) So auch Neumann: Das Curländische Erbrecht nach den Gesetzen und der Praxis dargestellt (Mitau, 1850) S. 70. Das dürfte schon aus Art. 128 zu folgern sein, der einer Trennung von Tisch und Bett auch nicht einmal dann irgend welche vermögensrechtlichen Wirkungen einräumt, wenn sie während des obschwebenden Scheidungsprozesses erfolgte. — Also äußert jedenfalls der Scheidungsprozeß, so lange er nicht entschieden, auch auf die gegenseitigen testamentarischen Verfügungen keinen Einfluß. —

\*\*) Vgl. auch Goldmann in dem zit. Aufsatz in den „Beiträgen“ S. 67 f., der mit Recht eine Ausdehnung dieser Bestimmungen auf den Fall, daß die Klagerhebung durch den Tod des Beklagten vereitelt wird, ablehnt.



Letzteres ist um so verständlicher, wenn man in Erwägung zieht, daß dem ältern baltischen Recht nach Analogie des ältern Deutschen Rechts Testamente überhaupt unbekannt waren, sondern Alles nach den Grundsätzen der Intestat-erbsfolge geregelt wurde, die wichtigsten Vermögensstücke d. h. Immobilien aber sich nach Lehnrecht vererbten, letztwilliger Verfügung also eo ipso widerstrebten. Und das bewegliche Vermögen, namentlich Heergewette, Kleinodien und Ingedömdie spielte gegenüber dem immobilaren Grundbesitz eine verhältnißmäßig geringfügige Rolle. Zwar bestimmt Kap. XIX des Mittl. Livl. Ritt. R., daß die Ehefrau im Fall einer Trennung der Ehe durch richterliches Urtheil die ihr vom Ehemann für seinen Todesfall bestellte Leibzucht d. h. das lebenslängliche Nießbrauchsrecht an gewissen Vermögensstücken nicht verlieren sollte\*). Allein diese höchst singuläre Stelle berechtigt eher zu dem argumentum e contrario, daß außer diesem Falle die Ehefrau, deren Ehe für nichtig erkannt wurde, alles sonstigen Erbrechts am Vermögen ihres Mannes verlustig geht. — Eine andere hier in Betracht kommende Stelle, nämlich Art. 6 tit. 4 B. II des Esthl. Ritt. und Landrechts giebt auch keinen wesentlichen Aufschluß, denn sie enthält nur den Grundsatz, daß die Ehefrau in diesem Fall ihre in die Ehe gebrachte Mitgabe zurückempfängt. — Die kurländischen Rechtsquellen lassen, was die Wirkung der für nichtig erklärten Ehe und zwar besonders in erbrechtlicher Hinsicht anbetrifft, uns auch vollständig im Stich, dasselbe ist mit der offiziellen Geschichte unseres Privatrechts der Fall und auch in der Theorie sowohl des provinziellen als auch des gemeinen Deutschen Privatrechts ist die Frage, welche Wirkung die Nichtigkeitserklärung auf das testamentarische Erbrecht der Ehegatten und zwar speziell auf die gegenseitigen Testamente derselben ausübt, auffallend vernachlässigt.\*\*)

Da endlich auch die von der Nichtigkeit der Ehe handelnden Artt. 117--120 Th. III des Prov. R. über diesen Punkt schweigen, so sehen wir uns auf das Gebiet der reinen Schlussfolgerungen hingewiesen. — Diese aber führen meiner Ansicht nach mit Nothwendigkeit dazu, die Bestimmung des Art. 123 über die Ungiltigkeit aller Verfügungen der Ehegatten zu ihren gegenseitigen Gunsten im Fall der Ehescheidung auch auf den Fall der

\*) Wiewohl Kap. XIX nur von der Scheidung zu sprechen scheint, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß an dieser Stelle nur die Trennung der Ehe wegen Nichtigkeit gemeint sein kann, weil zur Zeit der ältern Rechtsquellen das katholische Kirchenrecht galt und letzteres eine Scheidung der Ehe in unserem Sinne gemäß der Auffassung der katholischen Kirche überhaupt verbot, vgl. auch Bunge: Liv- u. Esthl. Priv. R. B. II § 276 S. 89 Note a, und Erdmann: Güterrecht § 13 S. 162 f. —

\*\*) Vielleicht könnte man die Äußerung Bunge's in seinem Liv- und esthl. Priv. R. B. II § 276 S. 91 dahin auslegen, daß er die Nichtigkeitserklärung auch nach der bezeichneten Richtung hin ebenso wie die Ehescheidung behandeln will. —

Nichtigkeitserklärung der Ehe auszudehnen. — Zunächst scheint es allerdings, als ob die Ehescheidung in dieser Beziehung anders als die Nichtigkeitserklärung behandelt werden müßte, wie ja auch die Regelung der Güterrechtsverhältnisse in beiden Fällen eine abweichende ist, wenngleich die Abweichungen keine bedeutenden sind und zudem sich mehr auf die Fälle der sogenannten Putativehe sowie auf die erworbenen Rechte dritter Personen erstrecken. Es ist nämlich bei korrespondirenden Testamenten zwischen Ehegatten das Eheverhältniß im Zweifel d. h. mangels besonderer diesbezüglicher testamentarischer Bestimmungen gleichsam als causa der ganzen testamentarischen Verfügung aufzufassen\*) d. h. eine dahin-gehende Absicht der Ehegatten zu vermuthen, daß sie einander eben nur unter der Voraussetzung des wirklichen Bestehens der Ehe einander zu Erben einsetzen wollten, eine Voraussetzung, die im Falle einer Trennung des Eheverhältnisses durch Scheidung offenbar hinfällig werden würde. Denn das die Errichtung eines solchen korrespondirenden Testaments zwischen Ehegatten gewissermaßen bedingende Moment der faktischen gegenseitigen Zuneigung resp. ehelichen Liebe würde angesichts des einer Scheidung regelmäßig vorangehenden Zerwürfnisses, dem doch mindestens eine einseitige Abneigung zugrunde liegen dürfte, jetzt augenscheinlich nicht mehr vorhanden sein. — Man kann also im gewissen Sinne sagen: beim Erlöschen des korrespondirenden Testaments wegen Ehescheidung handelt es sich um ein Erlöschen causa data causa non secuta. Bei der Nichtigkeitserklärung der Ehe dürfte das weniger zutreffend sein. Es läßt sich nämlich für diesen Fall sehr wohl denken und wird sogar in der Regel angenommen werden müssen, daß die gegenseitige Zuneigung der Ehegatten, besonders wenn ihnen das Ehehinderniß bekannt war, auch nach der Ungültigkeitserklärung der Ehe fortbesteht. Man kann also hier nicht unbedingt das thatsächliche Bestehen oder Weiterbestehen der Ehe als causa des korrespondirenden Testaments auffassen. es sei denn, daß dieser Fall im Testamente besonders vorgesehen war. —

Abstrahiert man von der sich von selbst ergebenden Ungültigkeit des korrespondirenden Testaments, wenn die Scheingatten eine solche für den Fall der als nichtig erkannten Ehe im Testamente ausdrücklich vorgesehen haben oder wenn auch nur einer von ihnen solches gethan hat, so läßt sich eine solche Ungültigkeit auch in allen andern Fällen deduzieren und zwar gerade aus den Bestimmungen des Provinzialgesetzbuches über die gegenseitigen Testamente. Als Ausgangspunkt könnten hier wiederum die Artt. 2415 und 2416 dienen, deren Tragweite für die ganze Lehre von den korrespondirenden Testamenten von nicht zu unterschätzender Bedeutung sein dürfte. Wenn nämlich letztern zufolge das Testament des leztlebenden Testators

\*) Vgl. Erdmann: Güterrecht S. 165. —

sofort mit dem Tode des andern Testators vollständig erlöschen soll, sei es nun, daß er die Erbschaft des vorverstorbenen Testators angetreten, sei es, daß er sie ausgeschlagen hat, und insofgedessen nun gänzliche Dispositionsfreiheit für ihn eintritt — im ersten Fall hinsichtlich des beiderseitigen Gesamtnachlasses, im zweiten jedenfalls für sein eigenes, des Ueberlebenden, Vermögen — um wievielmehr muß ein solches Erlöschen nicht dann eintreten, wenn die Ehe durch richterlichen Spruch wegen Nichtigkeit derselben aufgelöst wird. Denn jetzt kann es doch unmöglich einem Zweifel unterliegen, daß beide Ehegatten das freie Verfügungsrecht über ihre Vermögensmassen haben und auch mittelst Rechtsgeschäften unter Lebenden über dieselben nach Gefallen disponieren können, vorausgesetzt auch, daß sie einen Dritten zum Erben des nach dem Tode des lebtestehenden Gatten sich ergebenden beiderseitigen Gesamtnachlasses instituiert hätten. Denn das korrespondierende Testament soll im Zweifel nicht als Erbvertrag — der übrigens in solchen Fällen mangels besonderer diesbezüglicher Verabredungen gleichfalls erlöschen würde — gelten und ist es für die Ehegatten untereinander nicht mehr verbindlich, so muß es auch für Dritte unwirksam sein d. h. der eventuell instituierte Dritte kann sich auf die Erbeinsetzung zu seinen Gunsten nicht mehr berufen, weil das Testament mit dem Momente der Nichtigkeitserklärung zusammengefallen ist, ohne daß die gemeinschaftlichen oder die Intestaterben jedes einzelnen Ehegatten den Einwand des Testamentserben, das korrespondierende Testament sei nicht geändert oder widerrufen worden, zu fürchten brauchen,\*) und ebensowenig kann in solchen Fällen von der Möglichkeit, ein eventuelles Transmissionsrecht geltendzumachen, die Rede sein. Auch der Verlust des gesetzlichen Erbrechts, wie er im Provinzialgesetzbuch für die Ehegatten untereinander angeordnet ist (Artt. 1707 ff.), dessen Eintritt im Fall der für nichtig erklärten Ehe wenigstens für den Fall feststehen dürfte, daß die Trennung der Ehe noch vor dem Tode eines der Ehegatten ausgesprochen wurde, könnte im gleichen Falle sehr wohl zu einer analogen Ausdehnung auf das testamentarische Erbrecht der Ehegatten berechtigen. Und schließlich: wie können die, welche im korrespondierenden Testament als Ehegatten bezeichnet sind, auf Grundlage desselben succedieren, wenn sie beide ihrer Eigenschaft als Gatten durch richterlichen Spruch enteignet sind?! —

Somit wäre dann die Bestimmung des Art. 123 über den Verlust alles testamentarischen Erbrechts der Ehegatten im Falle der Ehescheidung auch auf die für nichtig erklärte Ehe auszudehnen, ebenso also auch auf ein eventuelles korrespondierendes Testament der Ehegatten.

Das Deutsche B. G. B. scheint sich prinzipiell für die gänzliche

\*) Vgl. Erdmann: System B. III S. 230 Note 5. —

Unwirksamkeit des korrespondirenden Testaments auszusprechen, wenn es in § 2077 Abs. 1 jede letztwillige Verfügung — also auch das korrespondirende Testament — des einen Ehegatten zu Gunsten des andern für unwirksam erklärt, falls die Ehe entweder wegen Nichtigkeit oder durch Scheidung aufgelöst wird. \*) —

Die Unwirksamkeit des korrespondirenden Testaments wegen Nichtigkeitserklärung der Ehe läßt sich jedoch nur beim Vorhandensein einer doppelten Voraussetzung behaupten. Erstens nämlich darf nicht etwa eine deutlich ausgesprochene oder sonst den Umständen nach als unzweifelhaft anzunehmende Absicht der disponierenden Ehegatten vorliegen, das Testament auch für den Fall künftiger Nichtigkeitserklärung der Ehe aufrechtzuerhalten und zweitens darf es sich nicht um den Fall der sog. Putativhehe handeln. Hinsichtlich der letzteren muß jedoch unterschieden werden, ob die Nichtigkeit der Ehe erst nach dem Tode eines der Ehegatten oder noch zu Lebzeiten beider konstatiert wurde, sowie ob die Unkenntniß vom Ehehindernisse bei beiden Theilen oder nur bei einem vorhanden oder ob umgekehrt beide Theile um das Ehehinderniß wußten. Fehlte diese Kenntniß beiden Ehegatten und erfolgte die richterliche Konstatierung der Nichtigkeit erst nach dem Tode des einen Putativgatten, so muß das korrespondirende Testament mit allen seinen Bestimmungen offenbar bei Kraft belassen, der überlebende Theil also als Wittwer oder Wittwe mit allen dem überlebenden Gatten ab intestato oder testamentarisch zustehenden Erb-rechten behandelt werden. Denn ausweislich des Art. 117 können wenigstens für die Zeit bis zur Nichtigkeitserklärung der Scheinehe beide Putativgatten die Wirkungen einer rechtsgültigen Ehe für sich in Anspruch nehmen \*\*). Erfolgte dagegen die Nichtigkeitserklärung schon zu Lebzeiten beider Putativgatten, so muß das korrespondirende Testament ebenso zusammenfallen wie wenn das Ehehinderniß beiden Ehegatten bekannt war, denn jetzt kann sich keiner derselben mehr auf eine Wirkung der Scheinehe berufen, die auch im Gültigkeitsfalle höchstens erst in Zukunft eintreten dürfte. Lag guter Glaube nur bei einem Ehegatten vor, so kann — vorausgesetzt, daß die Nichtigkeitserklärung erst nach dem Tode eines Gatten erfolgte — der (überlebende) Putativgatte zwar sonst die Wirkungen der Ehe bis zur erfolgten

---

\*) Vgl. auch Goldmann l. c. S. 66. — Vom Standpunkt des B. G. B. ist das durchaus konsequent, denn letzteres kennt nur ein gemeinschaftliches Testament zwischen Ehegatten, nicht auch, wie das Provinzialgesetzbuch, zwischen andern Personen, woher denn mit der Grundlage des Testaments, nämlich der Ehe, auch letzteres selbst ohne Weiteres zusammenfallen muß. —

\*\*) Vgl. Erdmann: Güterrecht S. 159 ff. und in seinem System B. I, S. 459. —

Auflösung für sich in Anspruch nehmen, allein seine eigene letztwillige Verfügung ist und bleibt nach allgemeinen Grundsätzen über korrespondierende Testamente erloschen, weil die Verfügung des andern nicht gutgläubigen Scheingatten jedenfalls ungültig geworden ist und bei korrespondierenden Testamenten die eine Verfügung mit der andern steht und fällt. War der überlebende Theil im bösen Glauben d. h. wußte er um das Ehehinderniß, während letzteres dem Vorverstorbenen unbekannt war, so fällt dennoch das ganze korrespondierende Testament, wenigstens soweit es die gegenseitige Erbeinsetzung betrifft, zusammen, denn der schuldige Ehegatte verliert jedenfalls jegliches testamentarische Erbrecht gegenüber dem andern. Jedoch kann in dem einen, wie in dem andern Fall der überlebende Theil die eigene Verfügung aufrechterhalten. Wurde die Ehe noch zu Lebzeiten beider Scheingatten getrennt, so unterliegt das Schicksal des korrespondierenden Testaments denselben Grundsätzen wie in dem Falle, wo beide Theile Putativgatten waren. —

Auch zwischen Verlobten ist ein korrespondierendes Testament möglich. Im Zweifel ist aber ein solches Testament nicht als korrespondierendes aufzufassen da nur bei einem zwischen Ehegatten errichteten gegenseitigen Testamente eine Präsumtion für die Korrespondenz des Testaments eintritt. Verlobte sind aber keine Ehegatten\*). Erfolgt nun in diesem Fall die Ehe nicht, so ist nicht gleich ipso jure Zusammenfall des Testaments anzunehmen. Vielmehr wird es darauf ankommen und in casu concreto Gegenstand richterlicher Erhebung sein müssen, ob das Testament beiderseitig nur im Hinblick auf die künftige Eingehung der Ehe errichtet worden ist oder nicht und ob Ersteres oder Letzteres von der behauptenden Partei wirklich bewiesen ist oder nicht. Man wird daher im Einzelfall genau auf die von den Testatoren gebrauchten Ausdrücke und Redewendungen achten müssen. Sagen z. B. die testierenden Verlobten: „Wir, Endesunterzeichneten, errichten dieses korrespondierende Testament im Hinblick auf die zwischen uns künftig einzugehende Ehe“ oder „Wir errichten dieses korrespondierende Testament nur für den Fall der zwischen uns thatsächlich zu Stande kommenden Ehe“, so liegt offenbar eine bedingte gegenseitige Erbeinsetzung vor, die natürlich hinfällig werden muß, wenn die Bedingung, nämlich das Zustandekommen der Ehe, nicht eintritt\*). Noch klarer ist das Erlöschen des korrespondierenden Testaments, wenn dasselbe von den Testatoren für diesen Fall ausdrücklich angeordnet ist. Es dürften somit die genannten Redewendungen eine ausreichende Grundlage dafür abgeben, daß zwischen Verlobten errichtete

\*) Auch wenn die Ehe nachträglich erfolgt, verwandelt sich ein bloßes gegenseitiges Testament deshalb noch nicht in ein korrespondierendes, denn obwohl die rechtliche Qualität der das Testament Errichtenden sich nachher geändert hat, so kann doch eine solche Aenderung keine rückwirkende Kraft äußern, ist also nicht im Stande, an der Thatfache, daß das Testament ein von Nichtehgatten errichtetes ist, zu rütteln. —

\*\*) Vgl. auch Gl. u. L., Erläut., B. XXXV, §. 63 u. §. 71. —

korrespondirende Testament auch im Fall der Ehescheidung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe für unwirksam zu erklären. —

Haben dagegen die Verlobten einander ganz allgemein zu gegenseitigen Erben eingesetzt, ohne der künftigen Eheschließung direkt oder indirekt Erwähnung zu thun und läßt sich aus dem Gesamtinhalte des Testaments in keinerlei Weise mit Sicherheit auf die Absicht der Testatoren schließen, das Testament sogar für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe oder ihrer Auflösung aufrechtzuerhalten, so bleibt es seinem ganzen Inhalte nach ebenso wirksam, wie wenn die Aufrechterhaltung desselben für die bezeichneten Fälle ausdrücklich angeordnet wäre. —

Auch die Frage nach dem Schicksal der im korrespondirenden Testamente angeordneten Vermächtnisse und sonstigen Verfügungen, wie z. B. der Substitutionen, der Ernennung eines Testamentvollstreckers, Vormunds zc. für den Fall eines Erlöschens des Testamentes sowie überhaupt, bedarf, obwohl sie bereits hin und wieder, wenigstens theilweise, berührt worden ist, noch einer näheren Ausführung. — Zunächst handelt es sich hier um die Frage nach dem Schicksal der Vermächtnisse bei normalem Verlauf der Dinge d. h. im Falle des Erbschaftsantrittes durch den Lebenden. Nach Art. 2420 wird für diesen Fall zu unterscheiden sein, ob nach dem Inhalte des Testaments die beiderseitigen gesammten Vermögensmassen mit den Vermächtnissen beschwert sind oder ob jedes der beiden Vermögen apart für sich mit besonderen Legaten belastet ist\*) Findet Ersteres statt, so sind die das gemeinschaftliche Vermögen beider Testatoren belastenden Legate im Zweifel d. h. falls hierüber keine sonstige ausdrückliche Willensverfügung der Testatoren vorliegt, erst nach dem Tode des Lebenden fällig. Erst von diesem Zeitpunkt an kann daher die Auszahlung derselben von den Legataren verlangt werden. Das bestimmt mit klaren Worten Art. 2420 zit. Und zwar gilt das, da dieser Art. ganz allgemein von den gegenseitigen Testamenten spricht, sowohl von den korrespondirenden als auch von den bloß reziproken Testamenten. Genau besehen enthält daher Art. 2420 eine Ausnahme von der in Art. 2416 ausdrückten Regel, wonach die Verfügung des die Erbschaft des Vorverstorbenen antretenden Testators mit dem Erbschaftsantritt erlöschen soll und letzterem die vollste Dispositionsfreiheit über die beiderseitigen Vermögensmassen eingeräumt wird. Denn über den Gegenstand der Legate darf der Ueberlebende doch wohl kaum verfügen und letztere durch keinerlei Handlungen den künftigen Legataren entziehen, es sei denn, daß mangels gemeinschaftlicher Einsetzung eines Dritten zum Erben nach dem Tode des

\*) So auch für das gemeine Recht Heimbach l. c. S. 907 u. Mühlensbruch in der Fortf. zu Glücks Pandektenkommentar, S. 248 ff.

lebenden Testators der für den Fall der Ausschlagung der Erbschaft  
 seitens des Ueberlebenden geltendgemachte Grundsatz auch hier anzuwenden wäre,  
 nämlich daß die das gemeinschaftliche Vermögen belastenden Legate zu der das  
 Vermögen des vorverstorbenen Testators belastenden Hälfte bestehen bleiben  
 und aus diesem zu berichtigen sind, obschon sie zu der das Vermögen  
 des Lebenden beschwerenden Hälfte durch anderwei-  
 tige dieses Vermögen total erschöpfende letztwillige  
 Verfügungen des überlebenden Testators oder auch durch von die-  
 sem vorgenommene Rechtsgeschäfte unter Lebenden aufgehoben  
 resp. unrealisierbar werden können, eine Konstruktion, deren Zulässig-  
 keit nicht a priori in Abrede zu stellen wäre. Denn das Recht, wenigstens  
 über das Seine beliebig zu verfügen, kann man dem überlebenden Testator  
 doch wohl nicht nehmen, um so mehr, da seine eigene Verfügung aus-  
 weislich des Art. 2416 durch den Erbschaftsantritt erlöschen soll. — Aber  
 in Bezug auf den Nachlaß des Vorverstorbenen bleibt es bei der durch Art. 2420  
 gegebenen Beschränkung des Ueberlebenden in seiner Dispositionsfreiheit und  
 zwar nach der angegebenen Richtung hin. Daher darf der Ueberlebende die am  
 Gesamtvermögen ausgesetzten Vermächtnisse unter keinen Umständen den  
 künftigen Legataren ganz entziehen. Man kann also die durch Art. 2420  
 gegebene Einschränkung des Art. 2416 in fin. zweifellos so formulieren, daß  
 man sagt: die freie, unbehinderte Verfügung über den beiderseitigen Ge-  
 samtnachlaß steht dem überlebenden Testator, trotzdem daß seine  
 eigene Verfügung durch den Erbschaftsantritt zusammenfällt,  
 doch nur insoweit zu, als dadurch nicht die dereinstige Realisie-  
 rung der Legate, die der Ueberlebende wenigstens zu der auf das  
 Vermögen des Vorverstorbenen entfallenden Hälfte entrichten  
 muß, vereitelt wird. Diese müssen also insoweit von den Erben des  
 letztverstorbenen Testators wem gehörig entrichtet werden. — Nun kann es  
 aber auch sein, daß nur der eine der beiden Testatoren Legate an seinem  
 Vermögen errichtet hat oder daß solches zwar von beiden Testatoren, allein nicht  
 am gemeinschaftlichen, nach dem Tode des Lebenden sich ergebenden  
 Gesamtnachlasse, sondern an jedem einzelnen Vermögen für sich allein gesche-  
 hen ist. Nach Art. 2416 erlischt die eigene Verfügung des die Erb-  
 schaft des Vorverstorbenen antretenden Testators und ist dieses Erlöschen  
 auf die Zeit des Todes der Vorverstorbenen zurück zu datieren. — Fallen  
 nun auch jetzt die in letzterer angeordneten Legate d. h. die Legate, die das Ver-  
 mögen des Ueberlebenden beschweren, hinweg und wie ist es mit diesen Legaten  
 sowie denen des Vorverstorbenen, wenn auch der Ueberlebende, ohne die  
 eigene Verfügung geändert oder über den Gegenstand der von ihm ausgesetzten  
 Legate irgendwie durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden verfügt zu haben, stirbt?  
 Art. 2420 ertheilt auf diese Frage eine direkte Antwort. Danach sollen di

Legate des Ueberlebenden von selbst erlöschen, allein die vom Vorverstorbenen an seinem Vermögen errichteten Legate bleiben in Wirksamkeit und müssen vom Ueberlebenden unweigerlich entrichtet werden. Daher muß es auch für diesen Fall gelten, daß der Ueberlebende in der ihm in Art. 2416 gewährten Dispositionsfreiheit über den Gesamtnachlaß nichts thun darf, wodurch er das künftige Recht der Legataren, die Entrichtung der Legate aus der Erbschaft des Vorverstorbenen zu verlangen, verkümmern oder dasselbe zu einem unrealisierbaren machen könnte. Denn wenn er zu einer solchen Entrichtung sogar im Falle der Erbschaftsaus-schlagung verpflichtet ist, um wieviel mehr muß er es nicht dann sein, wenn er die Erbschaft des Vorverstorbenen *de facto* antritt und um wievielmehr muß er sich nicht im letzteren Fall aller die künftige Realisierung jener Vermächtnisse vereitelnden Handlungen enthalten? Und zwar gilt das sowohl von den korrespondirenden als auch den einfach reziproken Testamenten. Also hätte man es hier wiederum mit einer Beschränkung des Ueberlebenden in der ihm durch Art. 2416 mit dem Moment des Todes gewährten Dispositionsfreiheit hinsichtlich beider Vermögensmassen zu thun. — Daß vorerwähnte *ipso jure* Erlöschen der Legate des Ueberlebenden ist nun aber — wie das aus dem Wortlaut des Art. 2420 erhellt — eine Folge des Grundsatzes, daß in diesem Fall jede der beiden im gemeinschaftlichen Testamente getroffenen Verfügungen als eine für sich bestehende behandelt wird. Daher wäre es auch bei korrespondirenden Testamenten nichts dem Wesen der Korrespondenzität Widersprechendes, wenn die Verfügung des Verstorbenen volle Wirksamkeit äußert, die des Ueberlebenden dagegen mit allen darin enthaltenen Anordnungen und so auch insbesondere den darin errichteten Vermächtnissen erlischt, ohne daß Letzterer seine Verfügung durch ein neues Testament aufzuheben braucht. Es werden also in diesem Fall nach seinem Tode seine Intestaterben den gesamten beiderseitigen Nachlaß in Anspruch nehmen können. Das von selbst, ohne weiteres Zuthun des Ueberlebenden erfolgende Erlöschen der eigenen Verfügung ist von Artt. 2416 und 2420 so allgemein ausgesprochen, daß eine Verpflichtung der Intestaterben des Ueberlebenden zur Entrichtung der von letzterem errichteten Legate unbedingt abzulehnen wäre, denn diese sind ja inhaltlich mit dem Testamente selbst erloschen. — Und zweifellos ist es ferner, daß, wie dem Art. 2416 zu entnehmen ist, der Ueberlebende — abgesehen von der Verpflichtung, die vom Vorverstorbenen errichteten Legate zu erfüllen — schon zu Lebzeiten das freie Verfügungsrecht über den beiderseitigen Gesamtnachlaß gewinnt. — Indes ist nicht zu übersehen, daß die diesbezüglichen Bestimmungen der Artt. 2416 und 2420 zu andern Artikeln des Provinzialgesetzbuches offenbar in Widerspruch treten. So enthält die Ann. 2 zu Art. 2741 für Liv- und Esthland die allgemeine Regel, daß der Mangel der Einsetzung eines direkten Erben oder der Wegfall des eingesetzten Erben auf die Gültigkeit des Testaments keinen Einfluß haben, sondern daß vielmehr der Intestaterbe oder



wenn dieser die Erbschaft ausschlägt oder aus irgendeinem andern Grunde wegfällt, der Testamentsexekutor oder Nachlaßkurator die testamentarischen Anordnungen zu erfüllen haben. Nach Artt. 2788, Anm. 2 zu Art. 2791 u. Artt. 2795 u. 2796 ist es Prinzip, daß in Liv- und Esthland jedes Testament nach Möglichkeit aufrechterhalten werden muß, wenn auch einzelne Bestimmungen desselben wegen ihren Ungefehllichkeit oder aus andern Gründen wegfallen müssen und endlich sagt Art. 2828, daß in Esthland die zu gottesfürchtigen und milden Zwecken errichteten Legate auch dann aufrechterhalten bleiben, wenn das Testament für nichtig und wirkungslos anerkannt wird, wofern es nur erweislich vom Testator herrührt während in Livland eine solche ausnahmsweise Aufrechterhaltung der zu gottesfürchtigen und milden Zwecken errichteten Legate nur bei Entkräftung des Testaments durch Geburt eines posthumus stattfindet (Art. 2829). —

Was nun die Artt. 2828 und 2829 anbetrifft, so sind das Spezialgesetze, die auf besonderer Vorschrift beruhen. Dagegen verhält es sich mit Art. 2791 Anm. 2 wesentlich anders. Denn die daselbst angeordnete Aufrechterhaltung des Testaments trotz Wegfalls der Person des eingesetzten Erben stellt sich wohl nur als Ableitung aus dem Begriff des Testaments überhaupt dar, der für das liv- und esthländische Recht in Art. 1982 dahin formuliert wird, daß das Vorhandensein einer Erbeinsetzung in Liv- und Esthland im Gegensatz zum furländischen Recht (Art. 1982) nicht zu den wesentlichen Erfordernissen eines Testaments gehört. Vielmehr soll in Liv- und Esthland jede einseitige Willenserklärung, die Jemand über seinen Nachlaß auf den Todesfall trifft, als Testament gelten, auch wenn sie keine Erbeinsetzung involviert. — Ebendaher können nach liv- und esthländischem Recht Legate zwar dem Erben auferlegt werden, aber sie brauchen es nicht, indem dies nicht die einzige Errichtungsform für Legate ist, sie können vielmehr im Testament auch unabhängig von der Person des oder der eingesetzten Erben errichtet werden und dann treten im Todesfall die Legatäre gleich den Erben in ein direktes Verhältniß zur Erbschaftsmasse, nehmen sich die Legate direkt aus letzterer und sind an die Persönlichkeit resp. Existenz des Erben in keinerlei Weise gebunden.\*) Der Wegfall des Erben würde also nach liv- und esthländischem Recht den Legatären in keiner Hinsicht schaden. — Da nun aber ein solcher Fall, nämlich Wegfall der Person des eingesetzten Erben gerade beim gegenseitigen und insbesondere beim korrespondierenden Testament, wo der vom überlebenden Testator eingesetzte Erbe d. h. der vorverstorbene Testator durch den Tod weggefallen ist, vorliegt, so entsteht die Frage, ob die Bestimmung des Art. 2420 über

\*) Vgl. Art. 2164 Th. III des Prov. Rz.

Erlöschung der vom Lebenden errichteten Legate der in der Ann. 2 zu Art. 2791 angeordneten Aufrechterhaltung der Legate beim Wegfall des eingesetzten Erben oder umgekehrt das letztere Gesetz ersterem vorzugehen hat? Soll letzteres der Fall sein, so fordert es die Konsequenz, auch den vom Ueberlebenden auf den Todesfall des vorverstorbenen Testators zum Erben eingesetzten Dritten zur Succession in die Erbschaft gegenüber den dieselbe beanspruchenden Intestaterben zuzulassen. Diese letztere Annahme verbietet sich aber — wie wir schon gesehen haben — schon im Hinblick auf den gedachten Art. 2416. Ersicht also mit der Verfügung des Lebenden auch die darin enthaltene Einsetzung des Dritten, so müssen von diesem Gesichtspunkt aus auch die an seinem Vermögen errichteten Legate hinfällig werden. Allein dessenungeachtet wäre eine derartige Schlußfolgerung aus dem Wegfall der Erbeinsetzung des Dritten noch nicht genügend, um einen wirklich stichhaltigen Beweis für den Wegfall der Legate in dem von uns angenommenen Fall zu liefern, wofür sie nicht noch durch andere Gründe unterstützt wird. Bei genauerer Prüfung der von der Erlöschung des gegenseitigen resp. korrespondierenden Testaments handelnden Artt. 2409, 2412—2417 und 2420 ergibt sich nun zweierlei, erstens nämlich, daß das Provinzialgesetzbuch überhaupt nur drei Erlöschungsgründe nennt, nämlich den Widerruf (zu Lebzeiten beider Testatoren), der im Zweifel das ganze korrespondierende Testament, also beide Verfügungen vernichtet, die Ausschlagung seitens des Ueberlebenden mit demselben Resultat und die Antretung der Erbschaft des Vorverstorbenen durch den Lebenden mit der Wirkung, daß seine Verfügung als mit dem Tode des Vorverstorbenen erloschen angesehen werden soll, während der übrigen allen Testamenten gemeinsamen Aufhebungsfälle keine Erwähnung geschieht, und zweitens, daß kein einziger der von den gegenseitigen Testamenten handelnden Artt. 2409—2420 in seinen Quellenzitataten eine Verweisung auf andere, nach der gedachten Richtung hin modifizierend wirkende oder überhaupt sonstige Artikel des Provinzialgesetzbuches, insbesondere auch nirgends einen Hinweis auf die vorhin angeführten Artt. 2791 Ann. 2 und 2827—2831 enthält, die doch im Fall ihrer Anwendbarkeit auf die gegenseitigen Testamente dieser ganzen Lehre, insbesondere hinsichtlich des Erlöschens der Legate eine wesentlich andere Färbung geben würden.\*) Was den ersten Punkt anbelangt, so bleibt einem nur die Wahl, entweder anzunehmen, daß die Modifikation alle übrigen nicht

\*) Umgekehrt verweist auch die Ann. 2 zu Art. 2791 nicht auf die Artt. 2416 und 2420 als Beispiel einer Fortexistenz der auch in korrespondierenden Testamenten errichteten Legate trotz Erlöschung der ganzen eigenen Verfügung des die Erbschaft des Vorverstorbenen antretenden Testators. Ueberhaupt berufen sich sämtliche von den gegenseitigen Testamenten handelnden Artt. nur auf Stellen aus dem corp. jur. civ., hauptsächlich aber auf Gewohnheitsrecht. —

erwähnten d. h. allen Testamenten gemeinsamen Erlösungsgründe für die gegenseitigen Testamente nicht anerkannt, eventuell, weil sie von der Unanwendbarkeit derselben auf diese Kategorie von Testamenten ausgeht oder aus andern Gründen, oder aber hier eine bloße Unterlassungssünde der Redaktoren zu konstatieren und demgemäß die unterlassene Verweisung auf die andern Wegfallsgründe einzig und allein auf ein Redaktionsversehen zurückzuführen, ohne aus der bloßen Nichterwähnung dieser andern Wegfallsgründe eine wirkliche Absicht der Redaktoren, die gegenseitigen Testamente nur in den namentlich angeführten Fällen für erloschen zu erklären, zu deduzieren. War Letzteres der Fall d. h. lag die gedachte Unterlassung außerhalb der gesetzgeberischen Absicht, so ist damit zugleich eine stillschweigende Anerkennung der übrigen Aufhebungsgründe des gegenseitigen Testaments implicate ausgesprochen und daß diese Annahme für die gegenseitigen Testamente des Provinzialgesetzbuches zutreffend und auch in der Theorie anerkannt ist, wurde schon an einer frühern Stelle hervorgehoben. War dagegen die Unterlassung eine von den Redaktoren beabsichtigte, so könnte man noch auf den Gedanken kommen, die Redaktoren hätten es für selbstverständlich gehalten, daß gegenseitige Testamente auch noch aus andern Gründen als den in den Artt. 2409—2420 genannten erlöschen oder von vornherein ungültig sein könnten und deshalb einen speziellen Hinweis auf jene andern Wegfallsgründe für unnötig befunden. Diese Annahme jedoch, so viel Bestechendes sie auch auf den ersten Blick haben mag, läßt sich doch nicht soweit begründen, daß man daraus etwas für oder gegen das Erlöschen der Legate bei gegenseitigen Testamenten ableiten könnte. Denn es entspricht jenes Schweigen der Artt. 2409—2420 hinsichtlich der übrigen Wegfallsgründe bei Testamenten durchaus nicht der sonstigen Gepflogenheit unserer Kodifikation, die es fast nie versäumt — und wenn auch nur mittelst Anführung in den Quellenzitate — auf die Parallestellen zu den betreffenden Artikeln oder auf sonst wie einschlägige oder quoad materiam modifizierend wirkende Gesetzesstellen hinzuweisen, ja, mitunter auch nicht verschmäht, eine schon anderswo vorgetragene Lehre in ihrer Anwendung auf die in casu vorliegende Materie zu wiederholen. Daß aber die Redaktoren gerade in der verwickelten Lehre von den gegenseitigen Testamenten eine Methode, die an sich ganz geeignet ist, mehr Licht über dieselbe zu verbreiten, verlassen und sich gleichsam in ein altum silentium gehüllt haben sollten, darf bei dem gänzlichen Mangel sonstiger Beweisargumente nicht ohne Weiteres angenommen werden. —

Was aber den zweiten, mit dem ersten in engstem Zusammenhang stehenden Punkt betrifft, nämlich den Umstand, daß vom Wegfall der im korrespondierenden resp. dem einfach reciproken Testament angeordneten Legate überhaupt nur bei Antretung und Ausschlagung der Erbschaft des

Vorverstorbenen, durch den Letztlebenden die Rede ist, ohne daß auf eine in der Ann. 2 zu Art. 2791 und in den Artt. 2827—2831 ausnahmsweise etwa statuierte Aufrechterhaltung der Vermächtnisse auch nur irgendwie hingewiesen wird, so wäre das lediglich als Konsequenz der mangelnden Hinweisung auf jene anderen Fälle aufzufassen, in welchen ein Testament von vorneherein oder durch Eintritt späterer Ereignisse ungültig wird. — Lassen sich demnach auch hier aus dem *altum silentium* der Artt. 2409—2420 und zwar speziell der Artt. 2409, 2412—2417 und 2420 keine sicheren Schlüsse für oder wider den Wegfall der Legate speziell für den Fall ziehen, daß der letztlebende Testator die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten hat, und wären somit die bezüglich des ersten Punktes geltendgemachten Bedenken und Zweifel auch hier an rechter Stelle, so sieht man sich offenbar vor folgende unabweisliche Alternative gestellt: entweder nämlich die Artt. 2412—2417 und den in specie von dem Erlöschen der Legate handelnden Artt. 2420 nur auf Kurland zu beziehen, woselbst allerdings die Existenz der im Testamente angeordneten Vermächtnisse mit letzterem steht und fällt, mithin also ohne Testament oder beim Wegfall desselben rechtlich garnicht gedacht werden kann,\*) und demgemäß nur in Kurland die Legate und sonstigen Anordnungen des gegenseitigen oder korrespondierenden Testaments, besonders auch in den Fällen der Artt. 2827—2831 zusammen mit letzterem durch den Antritt der Erbschaft des Vorverstorbenen für erloschen zu erklären oder aber die gedachten Artikel und zwar wieder speziell den Art. 2420 auch auf das Liv- und Esthländische Recht zu beziehen, auch für letzteres ein gänzlichcs Erlöschen der im gegenseitigen Testamente angeordneten Legate anzunehmen und dementsprechend in den Artt. 2416 und 2420 eine etwa durch die Eigenthümlichkeit der korrespondierenden oder einfach reziproken Testamente bedingte abweichende Behandlungsweise der Legate zu erblicken. —

Eine unbefangene Abwägung dieser beiden Alternativen gegeneinander muß sich jedoch meiner Ansicht nach für die letztere Alternative, also für das gänzliche Erlöschen der Legate des die Erbschaft antretenden letztlebenden Testators auch nach Liv- und Esthländischem Recht entscheiden, vorausgesetzt auch, daß es sich in casu concreto um zu milden oder gottesfürchtigen Zwecken ausgesetzte Vermächtnisse handelt. — Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht vorzüglich der Umstand, daß alle von den gegenseitigen Testamenten handelnden Artt. 2409—2420 in allgemeinen

---

\*) Denn nach Kurländischem Recht ist die Einsetzung eines Erben notwendiges Erforderniß eines jeden Testaments, die, wenn sie fehlt oder in Wegfall kommt, mit dem ganzen Testament auch die darin angeordneten Legate hinfällig macht, es sei denn, daß dem Testamente die sog. *codicillarklausel* hinzugefügt war, vgl. Artt. 1982, 2791 und 2792. —

Ausdrücken gehalten sind und nirgends eine Unterscheidung zwischen dem Kurländischen Recht einerseits und dem Liv- und Esthländischen Recht andererseits machen, was namentlich bei Art. 2420, der ja vorzugsweise auf das Erlöschen der Legate Bezug nimmt, unbedingt hätte der Fall sein müssen, wenn es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hätte, diesen Punkt für das Liv- und Esthländische Recht in Gemäßheit des in der Anm. 2 zu Art. 2791 ausgedrückten Prinzips anders zu regeln und somit die Legate bei korrespondierenden resp. einfach reciproken Testamenten zusammen mit dem Testament (des Ueberlebenden selbst) nicht wegfallen zu lassen. Hier wäre es also in der That absurd, so unzweideutig klare und allgemein lautende Artikel wie Artt. 2416 und 2420 nur auf Kurland — gegenüber Liv- und Esthland den bei weitem kleineren Theil der Ostseeprovinzen — zu beziehen und demgemäß die gedachten Artikel auf die gegenseitigen Testamente Liv- und Esthlands und die darin angeordneten Vermächtnisse nicht anzuwenden, für letztere also die Aufrechterhaltung der Legate in Gemäßheit der Anm. 2 zu Art. 2791 zit. resp. den Artt. 2827—2831 zu behaupten. Hätte das wirklich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, so wäre doch nichts natürlicher als dies gewesen, daß er in irgend einem der Artt. 2409—2420 von einer solchen Unterscheidung irgend etwas hätte merken lassen oder daß er doch mindestens in die öfters zitierte Anmerkung 2 zu Art. 2791 einen Hinweis auf die gegenseitigen resp. korrespondierenden Testamente hineingebracht hätte, was aber Beides nicht geschehen ist. Da man nun also nach der bekannten allgemeinen Rechtsregel eine Unterscheidung, die der Gesetzgeber selbst nicht macht, nicht suppedittieren darf, so bleibt in der That nichts anderes übrig, als bei dem genauen Wortlaut der Artt. 2416 und 2420 stehen zu bleiben und somit für alle drei Provinzen ein totales Erlöschen der Legate des Ueberlebenden anzunehmen, sobald letzterer die Erbschaft des Vorverstorbenen antritt, und zwar deshalb, weil seine eigene testamentarische Verfügung mit dem Erbschaftsantritt zusammenfällt. Sagt das Gesetz ganz allgemein: die Legate des Ueberlebenden erlöschen“, sagt es nicht etwa: „sie erlöschen nur nach Kurländischem, nicht auch nach Liv- und Esthländischem Recht“, so muß man es eben dabei bewenden lassen und hier eine nur für die korrespondierenden Testamente Liv- und Esthlands geltende Abweichung von der sonst bedingungslos platzgreifenden allgemeinen Regel des Liv- und Esthländischen Rechts (vgl. Anm. 2 zu Art. 2791 und Artt. 2827—2831) konstatieren. — Zu diesem Resultat führt aber — außer der mit demselben übereinstimmenden gemeinrechtlichen Theorie\*) — noch eine andere Erwägung, die geeignet ist, dem ausnahmslosen

\*) Vgl. statt vieler Heimbach sen. in Bd. X des Weiske'schen Rechtsleg. S. 901—902, Mühlenthal in Bd. XXXVIII der Fortf. zum Glück'schen Pandektenkommentar, S. 248 f., u. Glück im seinem Pandektenkommentar, Bd. XXXV, S. 68. —

Wegfall der Legate auch für das Liv- und Estländische Recht eine solidere Basis zu verleihen, und die im Vorhergehenden, wenn auch nur flüchtig, bereits angedeutet wurde. Es ist das der eigentümliche Charakter des gegenseitigen und speziell auch des korrespondierenden Testaments. Wir müssen zu diesem Behufe wiederum auf die Artt. 2409, 2416 und 2420 zurückgreifen. Ein gegenseitiges Testament, sagt Art. 2409, ist ein solches, in welchem eine Person die andere und umgekehrt sowie beide einander gegenseitig zu Erben einsetzen. Nach Art. 2416 erlischt mit dem Erbschaftsantritt des Ueberlebenden die Verfügung des Letztern und nach Art. 2420 fallen dann auch die in derselben etwa errichteten Legate zusammen oder „erlöschen“, wie das Gesetz sich ausdrückt. Was bedeutet hier nun der Ausdruck: „erlöschen?“ Die wahre Bedeutung dieses Begriffes kann nur ermittelt werden, wenn man die gedachten drei Artikel zusammenhält und gleichzeitig das charakteristische Wesen des gegenseitigen Testaments berücksichtigt. Beim gegenseitigen Testament — und noch mehr beim korrespondierenden — sagt der Testator A: ich setze zum Erben meines nach meinem Tode verbleibenden Vermögens den B ein, und B: falls A mich überlebt, soll er mein Erbe sein. Beide instituieren also einander gegenseitig, der A den B unter der Bedingung, daß Letzterer ihn überlebt und B den A wieder unter der Bedingung, daß Letzterer der Ueberlebende ist. Die beiderseitige Erbeinsetzung ist also gewissermaßen unter der stillschweigenden Bedingung gewollt, daß der Eingesezte den Einsetzenden überlebt\*), sie muß also für jede Verfügung als nur dann gewollt betrachtet werden, wenn der eine von ihnen d. h. also A den B oder B den A überlebt. Das Ueberleben ist also gewissermaßen die stillschweigende Bedingung oder — um im Windscheidschen Sinn zu reden — die Voraussetzung\*\*), unter welcher die Erbeinsetzung erfolgte resp. gewollt war\*\*\*). Stirbt nun der eine Testator, so ist es, wie solches ja auch das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, ganz natürlich, wenn die testamentarische Verfügung des Ueberlebenden total zusammenfällt, und ist letzteres der Fall, so ist es nur eine aus diesem Erlöschen sich von selbst ergebende und offenbar ebenso auch auf das Liv- und Estländische Recht anwendbare Konsequenz, wenn jetzt auch die Legate, welche der die Erbschaft des Vorverstorbenen antretende Testator an seinem Vermögen errichtet hat, wegen Nichterfüllung oder Nichteintritt der Bedingung erlöschen. Ist es richtig, daß der B den A nur für den Fall,

\*) Das charakteristische Wesen des korrespondierenden Testaments bringt es mit sich, daß eine derartige Bedingung nicht etwa als uneigentliche, selbstverständliche aufzufassen ist (Artt. 2361 u. 3152).

\*\*) Vgl. Windscheid: Lehrb., Bd. III, § 568, C. 98, Note 5. —

\*\*\*) Dies Moment wird auch in der Theorie des gemeinen Rechts hervorgehoben, vgl. statt vieler Glück, Erläut. Bd. XXXV, C. 63 u. 71.

daß letzterer ihn überlebt, zu seinem Erben instituiert, daß er die Erbeinsetzung — und umgekehrt der A die des B — nur unter der Bedingung gewollt hat, daß er früher versterbe, als A, so ist es ebenso unzweifelhaft, wenn man annimmt, daß er mit der ganzen Erbeinsetzung auch alle darin von ihm angeordneten Legate und sonstigen Dispositionen nur unter dieser Bedingung gewollt habe, sie also für den Fall, daß er den von ihm instituierten Mittestator überleben würde, nicht gewollt habe. — Hat er sie aber für diesen Fall nicht gewollt, so müssen sie eben — wenn die Bedingung eingetreten ist d. h. wenn B vor A verstirbt — auch dementsprechend als nicht gewollt und zwar so auch behandelt werden, als ob sie nie oder nicht mehr errichtet resp. gewollt worden wären. Die Heranziehung des andern Arguments, nämlich der Hinweis auf das dem Ueberlebenden mit dem Erbschaftsantritt erwachsende freie Verfügungsrecht über das beiderseitige Vermögen, das eine Einschränkung erfahren würde, wenn man ihn an die von ihm errichteten Legate ein für allemal binden wollte, wäre also in diesem Fall unnöthig.

Ist aber gemäß Artt. 2416 und 2420 ein ganzliches Erlöschen der vom Ueberlebenden an seinem Vermögen errichteten Legate — und zwar für alle drei Provinzen — anzunehmen, so würde eine Aufrechterhaltung derselben nach dem Tode auch des letztlebenden Testators dem Begriff dieses Erlöschens diametral widersprechen und zu dem widersinnigen Resultat führen, daß der Gesetzgeber in einem Athemzuge die Legate für erlöschen und zugleich für noch fortexistierend erklärt. Bleibt also in der That nur die eine Möglichkeit übrig, die vom Letztlebenden errichteten Vermächtnisse mit dem Erbschaftsantritt und zwar ipso jure erlöschen zu lassen, ohne den Testator für den Fall, daß er den ganzen Nachlaß ungeschmälert an seine Intestat-erben gelangen lassen will, noch zu einer besondern aufhebenden Willenserklärung zu nöthigen, so entsteht bei dieser Gelegenheit sogleich noch eine andere Frage, nämlich diese: haben die Artt. 2416 und 2420, insoweit sie sich auf das ganzliche Erlöschen der Legate des letztlebenden Testators beziehen, zwingendes Recht geschaffen d. h. ist es dem Ueberlebenden nicht freigestellt, nicht seinem freien Ermessen überlassen, seinen ausdrücklichen Willen dahin zu äußern, daß die von ihm errichteten Vermächtnisse für diesen Fall aufrechtzuerhalten wären? Eine bejahende Antwort dürfte wohl kaum auf stichhaltige Einwände stoßen, wenigstens was das Liv- und Esthländische Recht anbetrifft, denn es liegt kein Grund vor, der Willensbethätigung des Ueberlebenden nach dieser Richtung hin irgendwelche Schranken aufzuerlegen. Er kann also nach Liv- und Esthländischem Recht, angesichts der Ann. 2 zu Art. 2791 und Art. 1981, wenn er will, auch nachdem er die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten hat, die Erfüllung der von ihm errichteten Legate für seinen Todesfall durch eine entsprechende Willensäußerung, etwa in der Form: „Ich bestimme, daß meine durch den Erbschaftsantritt erloschenen Legate nach meinem

Tode von meinen Intestaterben zu erfüllen sind“ sicherstellen, ohne daß es hierzu nothwendig eines neuen Testaments bedarf. Nicht minder kann jeder der beiden Testatoren im gegenseitigen Testamente von vornherein die Lebenskraft der von ihnen errichteten Legate auch für den Fall sichern, daß er der Ueberlebende sein sollte, somit also seine eigene Verfügung sammt allen darin errichteten Legaten im Zweifel erlöschen würde. — Anders dagegen nach Kurländischem Recht. Letzterem zufolge können nämlich, da die Existenz und das weitere Schicksal der Legate hier stets an das Vorhandensein eines Testaments geknüpft und als wesentliches Erforderniß desselben die Einsetzung eines Erben hingestellt wird — die ja aber in dem von uns angenommenen Fall, wo die ganze Verfügung des Ueberlebenden mit dem Erbschaftsantritt erlischt, nicht oder nicht mehr vorliegt — die vom Ueberlebenden seinerzeit im korrespondenten Testament ausgesetzten Vermächnisse unmöglich bei Kraft bleiben, sondern fallen mit dem Testament selbst zusammen, vorausgesetzt auch, daß ihre Aufrechterhaltung für diesen Fall ausdrücklich angeordnet war, denn die Verfügung des Ueberlebenden und damit die Erbeinsetzung erlöschen ja eben mit dem Erbschaftsantritt des Ueberlebenden. Nur dann bleiben die Legate wirksam, wenn der Ueberlebende seiner Verfügung die Kodizillarklausel hinzugefügt hatte und die Erfordernisse des Kodizills, wie sie das Kurländische Recht vorschreibt, sämmtlich vorhanden sind (vgl. Artt. 1982 u. 2791). Nach Kurländischem Recht schaffen also die Artt. 2416 und 2420 hinsichtlich der Legate allerdings zwingendes Recht, nach Liv- und Esthländischem Recht dagegen nicht. —

Uebrigens läßt sich auch aus sonstigen, indirekten Äußerungen des letztlebenden Testators im korrespondenten Testament auf eine Absicht, die Legate für seinen Todesfall dennoch aufrechtzuerhalten, schließen und nur die Schlußfolgerung aus konkludenten Fakta wäre hier abzulehnen und das totale Schweigen des Testators über diesen Punkt richtiger in einem der Aufrechterhaltung der Legate ungünstigen Sinne auszulegen d. h. sie in diesem Fall ipso jure mit dem Erbschaftsantritt erlöschen zu lassen. Kann aber ein ausdrückliches, im korrespondenten Testament oder nach dem Tode des einen Testators seitens des Antretenden erfolgendes Verkräftbelassen der Legate nicht auch dann angenommen werden, wenn der Testator das ganze Testament für diesen Fall aufrechterhalten zu wollen erklärt d. h. die Anordnung trifft, daß die eigene Verfügung auch dann bestehen bleiben solle, wenn er die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten habe? Die Entscheidung kann nur davon abhängen, ob Art. 2416 auch in Bezug auf das Bestehen oder Nichtbestehen der ganzen Verfügung der Ueberlebenden nur dispositives oder zwingendes Recht geschaffen hat. —

Naheliegend ist die Analogie des Widerrufs (Art. 2414). Wenn sogar der Widerruf des korrespondenten Testaments seitens eines



Testators — trotzdem daß er, bei Lebzeiten beider Testatoren erfolgend, das ganze Testament, also beide Verfügungen sofort, mithin noch vor dem Tode eines Testators aufhebt — dem nichtwiderrufenden Theil anheimstellt, die eigene Verfügung dennoch aufrecht zu erhalten und eine dementsprechende Willensäußerung verlaublichen zu lassen, um wievielmehr muß nicht dem die Erbschaft des Vorverstorbenen Antretenden eine solche Willensäußerung freistehen!? Aber kann diese Willensäußerung auch von vorne herein im korrespondirenden Testament getroffen sein? Bei gewöhnlich gegenseitigen Testamenten dürfte die Zulässigkeit derselben keinem Zweifel unterliegen, denn auch der Widerruf der einen Verfügung hebt bei einfach reciproken Testamenten die Verfügung des anderen Theils nicht auf (Art. 2412). Fraglicher ist das bei den korrespondirenden Testamenten. Das Wesen der Korrespondenz soll ja nach Art. 2409 in sin. gerade darin bestehen, daß die Existenz der einen Verfügung von der der anderen abhängig gemacht wird, daß also der Wille der gemeinsam Testierenden gerade darauf gerichtet ist, daß jede Verfügung mit der andern stehe und falle. Wenn deshalb der eine Testator bestimmt, es möge seine Verfügung unabhängig von dem Bestehen der andern in jedem Fall weiter existieren, ohne Rücksicht darauf, welcherlei Gründe die andere Verfügung zerstören, so wäre das an sich zwar eine gültige letztwillige Anordnung, allein der Charakter der Korrespondenz des ganzen Testamentes wird dadurch vernichtet. Wird aber eine solche einseitige Aufrechterhaltung nur für einen bestimmten Fall angeordnet z. B. den der Ehescheidung, des Widerrufs etc. so wird dadurch allein das Testament seiner Eigenschaft als eines korrespondirenden noch keineswegs entkleidet. Kann aber in solchen Fällen jeder Testator die Aufrechterhaltung seiner Verfügung auch für den Fall anordnen, daß er die Erbschaft des Vorverstorbenen antritt, und ist eine solche Anordnung gültig, so trifft das auch die von ihm errichteten Vermächtnisse, die auf diesem Wege gleichfalls aufrechterhalten bleiben. Art. 2416 schafft also mitunter auch für die ganze Verfügung jedes der beiden Testatoren nur dispositives, nicht zwingendes Recht. —

Soviel von dem Normalfall des Erlöschens der vom Lebenden ausgehenden testamentarischen Verfügung, nämlich dem Erbschaftsantritt.

Was die übrigen Erlöschungsfälle anbelangt, so wäre zunächst die Ausschlagung der Erbschaft des Vorverstorbenen durch den Lebenden zu berücksichtigen. Von derselben ist — namentlich was das Schicksal der im korrespondirenden Testamente errichteten Legate anbetrifft — zum größten Theil schon früher die Rede gewesen. Es erübrigt aber in dieser Hinsicht noch Einiges nachzutragen. Wie nämlich der Ausschlagende einerseits an seine eigene Verfügung mit dem Momente der Ausschlagung nicht mehr gebunden ist, so muß es ihm andererseits doch auch freistehen, die

selbe durch eine ausdrückliche Willensäußerung dennoch aufrechtzuerhalten und damit auch den Begaten Lebensdauer zu sichern. Ja, es kann sich — wenigstens nach Liv- und Esthländischem Recht — diese Willenserklärung auch nur auf die Begate, nicht auch auf den sonstigen Inhalt der Verfügung beziehen. Auch hier macht es ferner keinen Unterschied, ob die aufrechterhaltende Willenserklärung in dem ursprünglichen korrespondierenden Testamente enthalten war oder ob sie nach dem Tode des Verstorbenen seitens des überlebenden Testators erfolgte, wobei ganz dieselben Erwägungen wie für den Fall des Erbschaftsantritts maßgebend sein dürften. Präsumiert werden darf aber diese Aufrechterhaltung der Begate resp. der ganzen Verfügung des Ueberlebenden niemals. Schweigt deshalb der überlebende Testator in dieser Hinsicht d. h. sagt er nichts darüber (weder direkt noch indirekt), daß seine Verfügung oder auch bloß die von ihm errichteten Begate auf den Todesfall bei Kraft bleiben sollen, so haben letztere eben als unausbleiblich erloschen zu gelten und die eventuellen Begatäre können nach dem Tode des Lebenden die Entrichtung der Begate von seinen Intestaterben nicht verlangen. — Auch Artt. 2415 und 2420 involvieren also nach der angegebenen Richtung hin nur dispositives, kein zwingendes Recht. Die Aufrechterhaltung der Begate ist mithin dem freien Ermessen des überlebenden Testators überlassen. — Wenn dagegen eine aufrechterhaltende Willenserklärung abseiten des Ueberlebenden weder in Bezug auf seine ganze testamentarische Verfügung als solche noch hinsichtlich der von ihm errichteten Begate erfolgt ist und dementsprechend letztere mit der Verfügung selbst erloschen sind und bleiben — und zwar gerechnet vom Tode des Erstverstorbenen — so greift in diesem Fall ebenso, wie wir das beim Erbschaftsantritt gesehen haben, die Vermuthung Platz, der Ueberlebende habe seinen Intestator nur unter der Voraussetzung instituiert, daß dieser ihn überleben würde, er habe diese Erbeinsetzung und somit auch die von ihm ausgesetzten Begate nur unter dieser Bedingung gewollt, die sich aber de facto nicht realisiert hat. Der Wegfall der Begate würde also in diesem Fall für alle drei Ostseeprovinzen dem zu vermuthenden Willen des die Erbschaft des Vorverstorbenen ausschlagenden Testators entsprechen. Wie dem aber auch sein mag, jedenfalls wird das Erlöschen der Begate des Ueberlebenden als Folge der Ausschlagung in Art. 2420 in fin. ausdrücklich statuiert, es ist daher unmöglich an diesem positiven Gesetze zu rütteln. Auch hier bleiben die Bestimmungen des Art. 2828 ff. über Errichtung der Vermächtnisse zu Gunsten milder, gottesfürchtiger oder gemeinnütziger Zwecke und deren obligatorische Aufrechterhaltung nach Liv- und Esthländischem Recht ohne Einfluß auf das Schicksal der Begate.\*)

\*) Vgl. arg. Art. 2830 und unsere späteren Ausführungen. —

Eine dem Antritt und der Ausschlagung der Erbschaft wenigstens theilweis analoge Behandlungsweise, wenngleich mit abweichender Begründung, gestattet — namentlich was das Schicksal der Legate anbetrifft — der Fall des einseitigen Widerrufs des korrespondirenden Testaments. Ein solcher Widerruf macht das korrespondirende Testament seinem ganzen Umfang nach hinfällig, zerstört also nicht nur die Verfügung des widerrufenden, sondern auch die des nichtwiderrufenden Theils, wofern letzterer nicht etwa seinen Willen, die eigene Verfügung dennoch aufrecht zu erhalten, deutlich zu erkennen giebt (Art. 2414.)\*) Wie leicht ersichtlich, ist ein einseitiger Widerruf des korrespondirenden Testaments nur zu Lebzeiten beider Testatoren denkbar. Denn mit dem Tode eines von ihnen sind hier ja überhaupt nur diese zwei Eventualitäten möglich: entweder nämlich der Ueberlebende tritt die Erbschaft des Vorverstorbenen an oder er schlägt sie aus: in beiden Fällen erlischt das korrespondirende Testament ohnehin, es braucht also nicht erst widerrufen zu werden und kann es wohl auch, streng genommen, nicht. Denn wie soll man eine Verfügung, die juristisch betrachtet nicht mehr vorhanden ist, noch widerrufen können? Erlischt aber das ganze Testament, so müssen damit auch alle darin enthaltenen Legate fallen, ohne

\*) Mit der Präsumierung dieses Willens darf man aber nur mit großer Vorsicht operieren. Aus der bloßen Unbekanntheit mit dem Widerruf darf aber des andererseits auch nicht auf das Fehlen dieses Willens geschlossen werden, denn es kann eine dahingehende testamentarische Verfügung vorliegen, daß die ganze Verfügung und somit auch die Legate des betreffenden Testators gültig bleiben sollen, trotzdem daß der andere Testator das Testament widerruft. — War der Widerruf aber dem nicht-widerrufenden Theil bekannt geworden, so ist aus dem bloßen Schweigen desselben der Schluß auf eine absichtliche, d. h. gewollte Aufrechterhaltung der eigenen Verfügung resp. der darin angeordneten Legate offenbar auch nicht gestattet, — wie wohl die gemeinrechtliche Theorie solches zuweilen behauptet (vgl. Heizerling l. c. S. 274) — vielmehr ist der entgegengesetzte Wille zu vermuthen, nämlich der, auch die eigene Verfügung, und damit auch die eigenen Legate erlöschen zu lassen, denn man kann den Willen haben, eine Verfügung aufzuheben, ohne denselben bekannt werden zu lassen. — Das sicherste Kennzeichen für die gewollte Aufrechterhaltung wird natürlich immer eine dementsprechende Willensäußerung des nichtwiderrufenden Theils sein. Das ist der Normalfall und von diesem geht auch die vorliegende Abhandlung, soweit in derselben vom Widerrufe die Rede ist, aus. Auf jeden Fall aber muß man daran festhalten: es muß der Wille, die eigene Verfügung aufrechtzuerhalten, feststehen. Dies ist Gegenstand der eventuellen Beweisführung, nicht etwa, daß der entgegengesetzte Wille d. h. der Wille, die eigene Verfügung hinfällig werden zu lassen, nicht vorliegt. — Die Vermuthung streitet für das Erlöschen der Verfügung, nicht für die Fortexistenz derselben. —

Art. 2414 ist also nicht dahin auszulegen, daß das bloße Schweigen des einen Testators trotz erfolgten Widerrufs des andern die Annahme einer Aufrechterhaltung seiner Verfügung rechtfertige resp. eine praesumptio juris oder gar eine praesumptio juris et de jure erzeuge, wozu der gedachte Artikel allerdings Anlaß zu geben scheint. —

Rücksicht darauf, ob es sich um kurländisches oder Liv- und Esthländisches Recht handelt. Das weitere Fortbestehen der Legate, die Verpflichtung des Letztlebenden, die Legate des Vorverstorbenen, die am beiderseitigen Vermögen errichteten Vermächtnisse sowie die Einsetzung eines Dritten zum Erben des gesamten nach dem Tode des Letztlebenden hinterbleibenden beiderseitigen Nachlasses zur Realisirung zu bringen, würden einmal gegen das in Art. 2415 — zwar nur für den Fall der Ausschlagung ausgesprochene, allein auch auf den Widerruf anwendbare — Prinzip verstoßen, das schon dem Ueberlebenden das freie Verfügungsrecht wenigstens über das eigene Vermögen gewährt. Es gewinnen eben im Fall des einseitigen Widerrufs beide Testatoren sofort das freie Dispositionsrecht über ihr Vermögen. — Fernerhin wäre die weitere Fortexistenz der Legate, soweit sie zunächst vom Widerrufenden errichtet waren, schon deswegen ein Nonsens, weil der Widerrufende eben die ganze Verfügung ihrem Gesamteinhalte nach gar nicht mehr will, weil er sie als juristisch nicht mehr existierend angesehen und dementprechend behandelt wissen möchte. Der Ueberlebende kann also in keiner Weise von den Legataren gezwungen werden, die vom Vorverstorbenen errichteten Legate aus dem Nachlaß desselben ihnen auszufolgen, denn ein Testament, auf Grund dessen solches verlangt werden könnte, ist eben nicht vorhanden oder doch jedenfalls kraftlos. Dadurch aber, daß der Widerrufende seine ganze Verfügung für aufgehoben, weil seinem Willen nicht mehr entsprechend, erklärt, hebt er andererseits auch die von ihm errichteten Legate auf. Diese will er jetzt auch nicht mehr bei Kraft erhalten. Dem gegenüber würde auch eine eventuelle Berufung auf den Grundsatz des Liv- und Esthländischen Rechts, daß Legate auch ohne Testamente existieren können (Artt. 2791 Anm. 2 und 1981), den Legataren nicht zu ihrem vermeintlichen Recht verhelfen und ebenso wenig läßt sich eine Aufrechterhaltung wenigstens der zu gewissen gottesfürchtigen oder mildthätigen Zwecken errichteten Legate für das Esth- oder Livländische Recht behaupten. Alle derartigen Verfügungen gelten eben in Folge des Widerrufs als implicite mit der testamentarischen Hauptverfügung als nicht mehr gewollt. — Was aber die Legate des Ueberlebenden anbetrifft, so müssen auch diese als erloschen gelten, brauchen also auch nach Liv- und Esthländischem Recht von seinen Intestaterben nicht entrichtet zu werden. In diesem Fall nämlich wird eine offenbare Vermuthung dafür streiten, daß die eigene Verfügung des Ueberlebenden mit allen ihren Einzeldispositionen überhaupt nur unter der doppelten Voraussetzung gewollt sei, erstens nämlich, daß der andere Theil seine Verfügung nicht widerrufe, und zweitens, daß der Verfügende vom Eingesezten überlebt werde. Da nun aber im vorliegenden Fall keine dieser beiden Voraussetzungen vorhanden ist,

so müssen mit der Verfügung des Ueberlebenden auch die darin errichteten Legate als nicht mehr gewollt und deshalb aufgehoben angesehen werden. Dieses Ergebniß wird noch — wenigstens für die erste Präsumtion — besonders durch Art. 2414 unterstützt. Denn weshalb wird es betont, daß ausnahmsweise die Verfügung des Nichtwiderrufenden gültig bleiben solle, falls er seinen diesbezüglichen Willen zu erkennen gegeben habe? Weshalb wird dieser Fall als Ausnahme von dem sonst platzgreifenden totalen Erlöschen der Verfügung so deutlich markiert? Offenbar doch nur deshalb, um damit anzudeuten, daß wo ein solcher Wille, die Verfügung aufrechtzuerhalten, sich nicht konstatieren ließe, die Vermuthung dafür spreche, daß der nichtwiderrufende, den widerrufenden Theil überlebende Testator für diesen Fall seine Verfügung und damit auch die von ihm angeordneten Legate auch nicht mehr gelten lassen wolle. — Es ist eine solche Vermuthung auch psychologisch sehr naheliegend. Die gemeinschaftliche Testamentserrichtung setzt gewissermaßen ein inneres, auf gegenseitige Zuneigung gegründetes Band zwischen beiden Testatoren aus. Wird dasselbe zerrissen, so werden die Ursachen hierfür meist in einer Entzweiung liegen. Was ist also natürlicher als daß, wenn nun das Zerwürfniß zu einem — zunächst einseitigen — Widerruf, also zu einer Aufhebung der einen Verfügung führt, in dem andern, formell noch nicht widerrufenden Theil sofort der Entschluß reift, nun auch seine Verfügung nicht mehr gelten zu lassen, ohne daß er jedoch seine Absicht, der größern Sicherheit wegen seine Verfügung ausdrücklich für aufgehoben zu erklären, in der Folge realisiert. Es wird also auch hier bei dem Satz bleiben müssen, daß mit der Verfügung des Nichtwiderrufenden auch die von ihm errichteten Legate ihren Untergang finden. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet macht es auch absolut keinen Unterschied, ob der nichtwiderrufende Theil vor oder nach dem widerrufenden stirbt, in jedem Fall gelten seine Legate gleich denen des Widerrufenden als erloschen. — Die gemeinschaftlich an beiden Vermögensmassen zusammen errichteten Legate müssen natürlich in gleicher Weise durch den einseitigen Widerruf des korrespondirenden Testaments erlöschen, wobei ganz dieselben Erwägungen maßgebend sind. Der Ueberlebende braucht deshalb, auch wenn er die eigene Verfügung ausdrücklich aufrechterhält, keineswegs die auf den Nachlaß des Vorverstorbenen entfallende Hälfte der Legate zu entrichten. Stirbt er aber nach einer solchen die eigene Verfügung für gültig erklärenden Willensäußerung, so sind wenigstens die Legate zu der auf seinen Nachlaß entfallenden Hälfte wirksam und von den Intestaterben zu erfüllen. —

Was aber wieder die von den Testatoren getrennt an ihrem eigenen Separatvermögen errichteten Legate anbelangt, so gilt auch

hier, daß der nichtwiderrufende Theil nicht nur seine ganze Verfügung und damit auch zugleich die Legate durch eine entsprechende Willensäußerung oder überhaupt mit seinem Willen aufrechterhalten, sondern auch die Fortexistenz der von ihm errichteten Legate für den Fall eines von der andern Seite erfolgenden Widerrufs a priori im korrespondirenden Testamente festlegen resp. nach dem ihm bekannt gewordenen Widerruf ausdrücklich anordnen kann und letzteres kann zweifellos auch der widerrufende Theil thun oder doch wenigstens die Legate von der Wirkung des Widerrufs ausnehmen (letzteres wenigstens nach Liv- und Estländischem Recht, nach Kurländischem Recht nur, wenn die Rodicillarklausel vorliegt und die Verfügung den Formerfordernissen des Rodicills entspricht). — Daraus folgt, daß der Widerruf insofern auch ein bloß theilweiser sein kann, als er sich nur auf die Hauptverfügung des Widerrufenden, nicht aber auch auf die darin angeordneten Legate bezieht und nur jene, nicht auch diese aufhebt. Art. 2414 ist dem zum mindesten nicht entgegen, denn er spricht vom Widerruf im Allgemeinen und die eigentliche testamentarische Verfügung wird ja auch widerrufen und erlischt. Deshalb fällt auch die Verfügung des andern Theils — vorausgesetzt, daß er sie absichtlich nicht aufhebt, also bestehen läßt — zusammen und zieht den Untergang der in letzterer angeordneten Legate nach sich, gesetzt auch, daß der Widerrufende seine eigenen Vermächtnisse vom Widerrufe von vorneherein ausgenommen hat. Auch der theilweise Widerruf hebt die Verfügung des andern Theils in toto d. h. mit allen Legaten auf\*). Mit dem gedachten Prinzip, nämlich dem Wegfall der Legate als Folge des einseitigen Widerrufs steht auch ein ganz allgemein lautender Artikel im Einklang, nämlich Art. 2830. Derselbe besagt nämlich, daß wenn ein Testament durch Errichtung eines neuen oder sonstwie widerrufen wird, damit auch die darin bestellt gewesenen Legate als widerrufen anzusehen sind, vorausgesetzt auch, daß das in casu errichtete spätere Testament unwirksam ist. Das muß auch für die korrespondirenden Testamente gelten. Angesichts der so allgemeinen Ausdrucksweise des Art. 2830 kann aber ebensowenig daran gezweifelt werden, daß ein solcher Wegfall der Legate auch dann anzunehmen ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 2828 zutreffen, d. h. wenn (in Estland) die Legate zu gottesfürchtigen und mildthätigen Zwecken bestellt wurden. Denn Art. 2830 erwähnt dieser Ausnahme nicht, die sich ja außerdem nur auf den Fall der Nichtigkeit des Testaments

---

\*) Zweifellos kann wohl auch jeder korrespondirende Testator seine Legate aufheben oder abändern. Allein das ist — wie wir schon früher gesehen haben — kein Widerruf und fällt nicht unter Art. 2414 des Testaments: die andere Verfügung bleibt daher trotzdem bestehen, ja nicht einmal die darin angeordneten Legate fallen weg.

beziehen soll. — Auf der andern Seite ist es aber natürlich klar, daß die Aufrechterhaltung der Legate allein, ohne die sonstige Verfügung, wenigstens nach Kurländischem Recht zu beanstanden ist, wofern der betreffende Testator seinem Testamente nicht etwa die Fideicommislausel beigefügt hat und seine Verfügung den Formerfordernissen des Fideicommis entspricht.

Was das Schicksal der Legate bei korrespondierenden Testamenten zwischen Ehegatten anbetrifft, so sind hier nur die beiden in anderweitiger Hinsicht bereits erörterten Fälle der Scheidung und Nichtigkeitserklärung der Ehe herauszuheben. Wie aber ein Zusammenfallen der gesamten korrespondierenden Verfügung selbst, also beider Willenserklärungen schon aus dem genauen Sinn des Art. 123 zu folgern ist, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst wird, so läßt sich dasselbe auch hinsichtlich der beiderseits angeordneten Legate behaupten, denn das ganze korrespondierende Testament zwischen Ehegatten ist im Zweifel als nur unter der (stillschweigenden) Bedingung gewollt, daß die Ehe als solche auch wirklich besteht, dagegen als nicht mehr gewollt anzusehen, sobald die Bedingung nicht mehr vorliegt d. h. die Ehe durch Scheidung aufgelöst wird. Wenn aber das ganze Testament d. h. der ganze Inhalt desselben nicht mehr gewollt ist, so können auch die gleichfalls zu ihrem Inhalt gehörenden beiderseits angeordneten Legate hiervon nicht ausgenommen werden. Man muß sie also mit dem ganzen Testament erlöschen lassen, auch nach Liv- und Esthländischem Recht, ohne daß man der Ann. 2 zu Art. 2791 eine Modifikation dieses Satzes im Sinn einer Aufrechterhaltung wenigstens der Legate zu entnehmen vermöchte. —

Dem Resultat nach ebenso sind die Legate zu behandeln, wenn die Ehe der korrespondierenden Testatoren durch richterlichen Urtheilspruch als nichtig aufgelöst ist. Sie werden also in gleicher Weise hinfällig, wie im Falle der Ehescheidung, nur daß die Begründung hier eine entsprechend andere ist. Die einzelnen Details dieser Begründung brauchen hier nicht gegeben zu werden, da sie keine anderen sein können, als wie wir sie an einer frühern Stelle\*) dieser Abhandlung in Bezug auf das Erlöschen der korrespondierenden Verfügung selbst kennen gelernt haben. Auch hier gilt es, daß diesbezügliche testamentarische Dispositionen der korrespondierenden Ehegatten von modifizirender Wirkung sein, also eine eventuelle Aufrechterhaltung der ganzen Verfügung und damit auch der in derselben angeordneten Legate zur Folge haben können, sowie daß auf die Absicht einer Aufrechterhaltung des korrespondierenden Testamentes abgesehen vom Bestande oder Nichtbestande der Ehe auch indirekt aus den im

---

\*) Vgl. S. 340 dieser Abhandlung.

Testament gebrauchten Wendungen und Ausdrücken geschlossen werden darf. Auch die Legate eines Putativgatten können im Allgemeinen nicht in Kraft bleiben, vermögen also nur insoweit Wirksamkeit zu beanspruchen, als die korrespondierende Verfügung selbst bestehen bleibt. Beideres ist jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen des Provinzialrechts über die korrespondierenden Testamente in der Regel nicht der Fall, insofern diese mit der einen Verfügung stets auch die andere zusammenfallen lassen.

Was nun die eigentlichen Nichtigkeitsgründe eines Testaments anbetrifft, so hat die Frage nach dem Schicksal der im korrespondierenden Testament beiderseits angeordneten Vermächtnisse zwischen dem Kurländischen und dem Liv- und Esthländischen Recht zu unterscheiden. Darnach werden in Kurland, wo die Grundlage des gesamten Erbrechts vorwiegend eine römisch-rechtliche ist, die in einem korrespondierenden Testament errichteten beiderseitigen Vermächtnisse zusammen mit dem nichtig gewordenen Testament selbst auch ihrerseits zusammenfallen, da es ihnen an der Grundlage, der testamentarischen Erbeinsetzung fehlt und ohne eine solche Vermächtnisse nach Kurländischem Recht nicht bestehen können. (Die quellenmäßigen Belege hierfür haben wir schon an früherer Stelle gegeben, es wäre also reine Wiederholung, wenn wir auf dieselben jetzt noch einmal zurückkommen wollten.). —

Aber auch nach Liv- und Esthländischem Recht muß ein Zusammenfallen der Vermächtnisse des korrespondierenden Testaments behauptet werden, nur daß ein solches Hinfälligwerden auf zum Theil andern Gründen als im Kurländischen Recht beruht. —

Vor Allem wird man zwischen den einzelnen Nichtigkeitsgründen unterscheiden müssen und zu diesem Behufe zunächst den nach dieser Richtung hin bedeutsamen Art. 2789 ins Auge zu fassen haben. Derselbe nennt:

1. Mangelnde testamenti factio activa auf Seiten des Testators,
2. Nichtbeobachtung der wesentlichen Form der Testamente,
3. Veranlassung des Testaments durch Zwang, Betrug oder Irrthum,
4. Gesetzwidrigkeit aller testamentarischen Verfügungen,
5. Vollständige Sinnlosigkeit, Unverständlichkeit aller Verfügungen oder Widerspruch derselben untereinander,
6. Unvollendetheit der testamentarischen Verfügung.

Von den in Art. 2789 aufgezählten Nichtigkeitsgründen haben aber nur N. 4 u. 5 absolute Bedeutung, denn wie aus der Anm. zu diesem



Art. hervorgeht, bleibt in Liv- und Esthland das Testament in den Fällen außer Nr. 4 und 5 bestehen, wenn nur alle Interessenten, also in unserem Fall namentlich die Intestaterben, in die Aufrechterhaltung des Testaments einwilligen, während in Aurland auch die Einwilligung der Interessenten die Nichtigkeit in keinem Fall zu heilen vermag. Soweit mithin eine derartige Einwilligung der Interessenten (nach Liv- und Esthländischem Recht) vorliegt, bleiben mit dem korrespondirenden Testament selbst natürlich auch die darin angeordneten Legate bestehen und nur in den Fällen 4 u. 5 sowie in den andern Fällen, wo die Interessenten das Testament nicht aufrechterhalten wollen, erlöschen sie. — Aber auch im Fall des Art. 2796 werden die Legate des korrespondirenden Testaments wegfallen müssen, denn die nach der Testamentserrichtung, entweder vor oder nach dem Tode des kinderlosen Testators erfolgende Geburt eines Leibeserben rumpiert in Liv- und Esthland jedes Testament, wofür nicht etwa dieser Fall im Testament ausdrücklich vorgeesehen worden ist. Hat einer der korrespondirenden Testatoren oder haben beide an solchen Gegenständen Legate errichtet, die Erbgut sind, so müssen letztere nach dem Sinn des Art. 2795 offenbar auch zusammenfallen, denn die betreffenden ohne rechtmäßigen Grund enterbten oder übergangenen gesetzlichen Erben können einfach Herausgabe der legierten Gegenstände verlangen. Es kann aber auch sein, daß zwar die sonstige testamentarische Verfügung auf Grundlage des Art. 3795 als nichtig angefochten werden kann resp. angefochten wird, allein wenigstens die Legate der korrespondirenden Testatoren entweder beiderseits oder nur von einem Testator an solchen Vermögensstücken errichtet sind, die nicht zum Erbgut gehören. Art. 2795 ordnet nun für diese oder ähnliche Fälle an, daß unbeschadet des den gesetzlichen Erben zustehenden Rechts, Herausgabe des (ungefänglich testierten) Erbgutes zu verlangen, alle sonstigen Verfügungen des Testaments, — wozu natürlich auch die Legate gehören „soweit es unter den gegebenen Verhältnissen möglich“ aufrechtzuerhalten seien. Darnach müßten also eigentlich die Legate bei korrespondirenden Testamenten in letzteren Falle bestehen bleiben. Inwiefern das nun wirklich der Fall ist, soll später untersucht und hier zunächst auf die vorhergenannten Nichtigkeitsgründe (Artt. 2789 und 2796) Bezug genommen werden.

Vor allen Dingen ist eine Reihe von Fällen auszuscheiden, in denen die Ungültigkeit der Legate sich von selbst versteht. Wenn nämlich die im korrespondirenden Testament angeordnete legatarische Verfügung für sich genommen durch Zwang, Betrug oder Irrthum herbeigeführt, wenn sie unverständlich oder sinnlos ist, wenn das Vermächte nicht Gegenstand eines Vermächnisses sein kann oder endlich wenn Erblasser und Legatar der aktiven oder passiven Testamentifikation ermangelten, so unter-

liegt es (und zwar für alle drei Provinzen) natürlich keinem Zweifel, daß ein solches Vermächtniß keinen rechtlichen Bestand haben kann. Es sind das die dem Art. 2789 im Wesentlichen entsprechenden Fälle des Art. 2832. Allein der Wegfall der Vermächtnisse ist hier nicht Ausfluß des eigentümlichen Wesens der Korrespondenz, sondern beruht auf allgemeinen, für Vermächtnisse aller Arten von Testamenten gültigen Rechtsätzen\*).

Fraglicher jedoch scheint der Wegfall der Vermächtnisse zu sein, wenn die ganze korrespondierende Verfügung selbst mit einem der in Art. 2789 gedachten Nichtigkeitsgründe behaftet ist, die legatarische Verfügung an sich dagegen in dieser Hinsicht gar keinen Mangel aufweist. —

Man könnte zunächst sich zu folgender Argumentation versucht fühlen: angenommen auch, daß einer der in Art. 2789 P. 1—6 gedachten Nichtigkeitsgründe vorliegt und vorausgesetzt auch, daß in den Fällen des P. 1—3 und 6 Art. 2789 zit. die Intestaterben des oder der Testatore in die Aufrechterhaltung des Testaments nicht einwilligen, so wird ja bei korrespondierenden Testamenten mit dem Tode des einen Testators die Verfügung des Lebenden eben dadurch allein schon hinfällig und demgemäß muß auch hinsichtlich der von ihm errichteten Legate dasselbe der Fall sein. Allein damit ist die andere Frage, wie es in dieser Hinsicht mit den vom Vorverstorbenen errichteten Legaten steht, ob auch diese mit der korrespondierenden Verfügung hinfällig werden oder nicht, noch keineswegs entschieden. —

Ebensowenig ausreichend dürfte der Hinweis darauf sein, daß ja überhaupt nur einer der beiden Fälle möglich sei, nämlich daß der überlebende Testator die testamentarische Erbschaft antritt oder daß er sie ausschlägt, in beiden Fällen aber schon der Tod des einen Testators die Verfügung des andern vernichte. Denn die sogleich entstehende weitere Frage, wie es sich mit den Legaten des Vorverstorbenen verhält, dessen testamentarische Verfügung beim Antritt der Erbschaft durch den Überlebenden doch jedenfalls bestehen bleibt und in toto erfüllt werden muß, bleibt nach wie vor offen. Aber noch ein anderer Umstand fällt gegen die Zulässigkeit einer solchen Argumentation schwer ins Gericht. Nämlich einer der beiden in PP. 4 und 5 Art. 2789 gegebenen Nichtigkeitsgründe vor oder haben eventuelle Interessenten einen der übrigen in den PP. 1—3 und 6 ibid. genannten Nichtigkeitsgründe geltend gemacht, solchergestalt also das Testament angefochten und zwar mit Erfolg, so kann von einem Antreten oder Ausschlagen der auf Grund des korrespondierenden Testaments hinterlassenen Erbschaft seitens des Lebenden wohl nicht mehr die Rede sein, denn wie kann der Testamentserbe eine testamentarische

\*) Vgl. Erdmann: System, Bd. III § 269 S. 355—357.

Erbschaft, deren Grundlage, nämlich das Testament weggefallen ist, überhaupt noch in die Lage kommen anzutreten oder auszuweichen? Er hat doch aufgehört Testamentserbe zu sein, sobald die Nichtigkeit des Testaments rechtskräftig ausgesprochen ist oder sobald in den Fällen der PP. 4 und 5 das Gericht ex officio von sich aus derartigen mangelhaften Testamenten die Bestätigung versagt. Wie kann man aber über etwas disponieren wollen, was man nicht mehr hat resp. was einem nach Urtheil und Recht entzogen ist? Und gesetzt auch, die Antretung der Erbschaft ist in den Fällen der PP. 3—4 und 6 erfolgt, bevor die Interessenten das korrespondente Testament angefochten haben, andererseits aber auch bevor die Anfechtungsfrist verstrichen ist, so wird dem Erben die von ihm erworbene Erbschaft von den Interessenten infolge des von ihnen erstrittenen rechtskräftig gewordenen Urtheils eben einfach wieder entzogen werden und zwar wiederum deshalb, weil das korrespondente Testament als ungültig anerkannt worden ist. Auch auf diesem Wege wird sich daher der Wegfall der Legate nicht erweisen lassen, vielmehr hat es den Anschein, als ob im Gegentheil gerade hier das in Artt. 2788, 2795 und 2796 enthaltene Prinzip des biviländischen Rechts zur Anwendung gelangt, das für möglichste Aufrechterhaltung einer jeden letztwilligen Verfügung ist, mag auch letztere zum Theil oder — beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen — sogar seinem ganzen Umfange ungültig sein, ein Prinzip, das sich seinerseits wieder auf den bekannten, in dieser Abhandlung schon berührten Satz des biviländischen Rechts gründet, daß beispielsweise gerade die Vermächtnisse gar nicht nothwendig die Existenz eines Testaments oder der Person des Erben voraussetzen, vielmehr der Vermächtnißnehmer ähnlich dem Erben selbst — falls etwa letzterer im Testament nicht ausdrücklich und in persona mit den Legaten beschwert ist — in ein direktes Verhältniß zur Erbschaftsmasse tritt und sich sein Vermächtniß aus letzterer selbst holt (vgl. hierzu die Artt. 1481, 2150 u. 2208 Th. III des Prov. Rs. und unsere vorherigen Ausführungen in dieser Abhandlung). —

Wohl aber läßt sich jener Nachweis auf andere Weise erbringen, zu welchem Behufe man im Ganzen denselben Weg einzuschlagen haben wird, wie wir ihn schon in unserer Ausführung über den Wegfall der korrespondenten Verfügung selbst kennen gelernt haben. Indem wir somit auch in dieser Hinsicht auf unsere dortigen Argumentationen verweisen, schicken wir zunächst den allgemeinen Satz voraus, daß unserer Ansicht nach die Legate (auch des vorverstorbenen Testators) sogar nach bivil- und ehstländischem Recht erlöschen, falls das korrespondente Testament seinerseits aus einem der in Art. 2789 genannten resp. geltendgemachten Nichtigkeitsgründe hinfällig wird, vorausgesetzt auch, daß die Wirkungen der Nichtigkeit sich erst nach er-

folgt dem Erbschaftsantritt durch den lebtestehenden Testator äußern.

Zur Begründung dieses Satzes wäre Folgendes näher auszuführen: vor allem ist wieder auf die eigentümliche charakteristische Natur des korrespondierenden Testaments Gewicht zu legen. Es ist nämlich wohl zweifellos, daß so wie die korrespondierende Verfügung selbst auch die darin angeordneten Vermächtnisse von dem Testator offenbar nur unter der Voraussetzung, unter der Bedingung gewollt sind, daß die Verfügung des andern Testators zur Existenz gelangt und nicht etwa aus irgend einem Grunde unwirksam wird. Denn die Vermächtnisse sind eben Theil der testamentarischen Verfügung und der Wille des Testators umfaßt so gut jene wie diese. Art. 2409 zit. bezeichnet aber als korrespondierende Testamente solche, wo der eine Testator die Existenz und Gültigkeit seiner Verfügung von dem Bestande resp. der Existenz der Verfügung des andern Testators abhängig macht. Tritt also dementsprechend auf Grund des Art. 2789 Nichtigkeit entweder der ganzen testamentarischen Verfügung d. h. beider Willensakte oder nur einer korrespondierenden Verordnung ein, so ist es ganz folgerichtig, wenn man die Vermächtnisse von dieser Nichtigkeit mit betroffen werden läßt und dementsprechend einen Wegfall der Vermächtnisse sowohl des überlebenden als auch des vorverstorbenen Testators sogar in den Ausnahmefällen behauptet, wo letztere sonst d. h. bei andern, nicht korrespondierenden Testamenten auf Grund der Artt. 2828 und 2829 im Hinblick auf ihren gemeinnützigen oder gottesfürchtigen Zweck aufrechtzuerhalten sind. Denn die Vermächtnisse sind eben jetzt gleichwie die ganze letztwillige Verfügung als von den Testatoren nicht mehr gewollt anzusehen. Es hat also das aus der Anm. 2 zu Art. 2791, sowie aus den Artt. 2789 Anm., 2788, 2795 und 2796 zu folgernde Prinzip der möglichsten Aufrechterhaltung des sonstigen Testamentsinhalts, insbesondere der im Testamente angeordneten Legate beim Wegfall des eingesetzten Erben oder bei sonstiger Ungültigkeit des Testaments gegenüber der eigentümlichen Natur der Korrespondenz zurückzutreten, die es mit sich bringt, daß der Gesamtinhalt beider korrespondierenden Verfügungen und deshalb auch die darin angeordneten Vermächtnisse in Wegfall gelangen. — Wer aber die juristische Natur der Korrespondenz hier nicht entscheiden lassen will, der muß auf anderem Wege doch zum Wegfall der Legate auch bei allen ungültigen und daher auch bei den korrespondierenden Testamenten gelangen. Die in Artt. 2828 und 2829 angeordnete Aufrechterhaltung der zu gottesfürchtigen oder milden Zwecken errichteten Vermächtnisse nach Estländischem und Livländischem Recht im Falle der Entkräftung des Testaments durch nachträgliche Geburt eines Leibeserben des Testators hat offenbar

einen Ausnahmecharakter, man müßte also wenigstens für alle andern Fälle d. h. wo die Legate nicht zu derartigen Zwecken bestimmt sind, sowie unter allen Umständen nach Kurländischem Recht auf Grund des argumenti e contrario Wegfall auch der Legate bei Ungültigkeit eines jeden Testaments, also auch des korrespondierenden Testaments resp. der einen korrespondierenden Verfügung annehmen. —

Ein weiterer Beweis für das Erlöschen der Legate bei Nichtigkeit des ganzen korrespondierenden Testaments resp. nur der einen Verfügung liegt in dem Begriff des gegenseitigen Testaments, der zufolge der Korrespondenz sich wesentlich anders als der gewöhnliche Testamentbegriff des Liv- und Esthländischen Rechts gestaltet. Denn während sonst das Liv- und Esthländische Recht jede letztwillige Anordnung resp. Verfügung auf den Todesfall als Testament bezeichnet, auch wenn sie keine Erbeinsetzung enthält, werden korrespondierende Testamente vom Gesetz (Art. 2409) ganz allgemein, ohne daß für Liv- und Estland eine Ausnahme gemacht wird, diejenigen genannt, wo zwei Personen einander gegenseitig zu Erben, nicht etwa zu Legatarien eingesetzt haben, und zwar in der Weise, daß die eine Verfügung von der Existenz resp. Nichtexistenz der andern abhängig sein soll. Die Erbeinsetzung wird also damit als unerlässliches Erforderniß des korrespondierenden Testaments hingestellt und wenn nun letzteres derartig an das Requisite der Erbeinsetzung gebunden ist, so ist es wohl auch natürlich, daß mit der Erbeinsetzung selbst das ganze korrespondierende Testament wegfällt\*) und damit zugleich auch die in letzterem angeordneten Vermächtnisse erlöschen\*\*). Endlich liegt auch durchaus kein Grund vor, weshalb das Schicksal der Legate beim Widerruf und bei der Erbschaftsausschlagung ein anderes sein soll, als bei eventueller Nichtigkeit des korrespondierenden Testaments, warum also in dem ersten Fall die Legate zusammen mit der korrespondierenden Verfügung selbst hinfällig werden, im zweiten Fall dagegen — wenigstens nach Liv- und Esthländischem Recht — bestehen bleiben sollen. Vielmehr erfordert die Gleichheit der Gründe hier wie dort ein Erlöschen der korrespondierenden Legate auch im zweiten Fall.

Weshalb endlich die Modifikation in den Artt. 2409 ff. nur die beiden Fälle des Wegfalls der Legate resp. der ganzen korrespondierenden Verfügung behandelt, die übrigen Erlöschungsgründe dagegen unberührt läßt, ist bereits an früherer Stelle erklärt worden (vgl. S. 367—370 dieser Abhandlung). Es bedürfen jedoch unsere dortigen Ausführungen noch einer Ergänzung. Noch ein anderer Grund mag es nämlich gewesen sein, der die Modifikatoren unseres Provinzialrechts veranlaßt haben mochte, gerade nur die Fälle des Widerrufs und der Ausschlagung bei korrespondierenden Testamen-

\*) Wie das ja auch aus Art. 2409 ztt. hervorgeht.

\*\*) Vgl. Art. 2827 Erdmann: System Bd. III, § 244, S. 229. 25\*

ten zu berücksichtigen. Es ist nämlich immerhin möglich und sogar sehr wahrscheinlich, daß in den Artt. 2412—2416 aus dem Grunde nur auf den Widerruf und die Ausschlagung Rücksicht genommen wurde, die anderen Erlösungsgründe des (korrespondenten) Testaments dagegen unberücksichtigt blieben, weil jene beiden Fälle ihrer besondern Natur nach einer Hervorhebung bedürfen, denn Widerruf und Ausschlagung sind einseitige Willenserklärungen, von denen es daher a priori fraglich erschien, inwiefern durch eine derartig einseitige Willenserklärung des einen Testators auch die Verfügung des andern als aufgehoben zu gelten habe, während es sich in allen Fällen der Richtigkeit oder des sonstigen Wegfalls des korrespondenten Testaments um eine solche einseitige Willenserklärung nicht handelt, vielmehr aus objektiven Gründen ein Erlöschen der ganzen testamentarischen Verfügung, somit also auch der Legate anzunehmen war. Daher schien es offenbar den Kodifikatoren geboten, den Fall des Widerrufs und der Erbschaftsausschlagung als besonders charakteristisch herauszuheben und zu sagen: in diesen beiden Fällen soll das ganze korrespondente Testament mit allen seinen Bestimmungen, also auch den Vermächtnissen erlöschen, ohne daß daraus mittelst des argumenti e contrario gefolgert werden könnte, daß in den Fällen der Richtigkeit oder überhaupt des Wegfalls des korrespondenten Testaments ein solches Erlöschen der Legate resp. überhaupt des ganzen Testaments nicht angenommen werden solle. Nichts mehr als das wollen also die zitt. vom Widerruf und der Ausschlagung handelnden Gesetzesartikel betonen, daß Widerruf und Ausschlagung als einseitige Willenserklärungen allemal die gesamte korrespondente Verfügung (nebst den Legaten) d. h. nicht nur die des widerrufenden oder ausschlagenden, sondern auch die des andern Testators hinfällig machen. Und diese besondere Hervorhebung der Fälle des Widerrufs und der Ausschlagung war ihrerseits wieder durch die eigenthümliche Natur der Korrespondenz geboten, ohne die es an und für sich fraglich erscheinen könnte, inwiefern eine Rücknahme der einen Willenserklärung resp. die Nichtannahme der einen Verfügung auch die andere vernichten sollte. Da aber die Korrespondenz auch in den Fällen der Richtigkeit des Testaments oder seines sonstigen Wegfalls eine im Vergleich zu den andern, nicht korrespondenten Testamenten des liv- und estländischen Rechts — und zwar mit besonderer Beziehung auf das Schicksal der Legate — abweichende Behandlungsweise der Erlösungsgründe des Testaments erfordert, so ist es durchaus keine Verallgemeinerung einer singulären Rechtsbestimmung, wenn man vom Widerruf und der Ausschlagung auch auf die anderen Erlösungsgründe des korrespondenten Testaments schließt und auch beim Eintritt der letzteren die im korrespondenten Testament, insbesondere in der Verfügung des

Vorverstorbenen errichteten Legate mit erlöschen läßt. Der Unterschied besteht eben nur darin, daß beim Widerruf und der Ausschlagung zwei mit einander gleichsam verflochtene Faktoren zusammenwirken, nämlich Korrespondenz des Testaments und Einseitigkeit der widerrufenden oder ausschlagenden Willenserklärung. Bei objektiver Nichtigkeit des Testaments, wo eine einseitige Willenserklärung des oder der Testatoren überhaupt nicht in Frage kommen kann, ist es aber eigentlich noch viel klarer, daß mit dem gesammten Testament auch die darin angeordneten Legate erlöschen müssen. Man kann also sehr wohl von der Wirkung des Widerrufs und der Ausschlagung auch auf die Wirkung der Nichtigkeit des korrespondenten Testaments schließen und somit auch in letzterem Fall ein Erlöschen der Vermächtnisse annehmen.

Daß aber in dem Fall, wenn jeder Testator an seinem Vermögen besonders Legate errichtet hat, der die Erbschaft des Vorverstorbenen ausschlagende Testatore dennoch die vom Vorverstorbenen an seinem Vermögen errichteten Legate entrichten muß, die Ausschlagung also in diesem Fall keinen Erlösungsgrund für diese Legate abgiebt (Art. 2420), haben wir schon früher gesehen. Die unmittelbar vorhergehenden Ausführungen haben also — soweit die Ausschlagung berührt wurde — nur diejenigen Fälle im Sinne, wo die Legate gemeinsam von beiden Testatoren, nicht von jedem besonders an seinem Vermögen errichtet wurden. —

Die Frage ob nach liv- und esthländischem Recht bei Ungültigkeit des korrespondenten Testaments auch die Legate desselben hinfällig werden muß also im bejahenden Sinn beantwortet werden, während sie sich nach furländischem Recht wohl von selbst verstehen dürfte. Es bleibt also demnach auch für die korrespondenten Testamente bei der allgemeinen Regel des Art. 2826 zit., daß wenn ein Testament für nichtig anerkannt worden ist, auch die darin angeordneten Vermächtnisse hinfällig werden, und zwar auch — aus den im Vorhergehenden entwickelten Gründen — in den Fällen, wo sonst nach liv- und esthländischem Recht die Legate trotz Entkräftung des Testaments selbst aufrecht erhalten bleiben. — Werden aber die Legate hinfällig, so muß offenbar ganz dasselbe auch mit allen anderen Bestimmungen des korrespondenten Testaments stattfinden, so also namentlich mit den Substitutionen, der Einsetzung eines Testamentvollstreckers etc. —

Was die Form anbetrifft, in welcher das korrespondente Testament zu errichten ist, so ist vor Allen daran festzuhalten, daß, obschon zwei Willenserklärungen vorliegen, die von beiden korrespondenten Testatoren am Schluß des Testamentstextes unterschrieben sein müssen, dennoch der Form

nach nur ein Testament vorliegt, somit also beide Willenserklärung äußerlich von einer Form umschlossen, in eine Form eingeschlossen sind. Daher ist nicht eine doppelte, sondern nur eine Stempelsteuer in einfachem Betrage wie für einen Testamentsakt erforderlich, so genügt ferner, einerlei ob es sich um ein privates oder ein öffentliches d. h. notarielles Testament handelt, die einfache Zeugenanzahl, also bei notariellen Testamenten 3, nicht etwa 6. — Bei korrespondierenden Testamenten zwischen Ehegatten ist die Vorschrift des Art. 1991 zu beobachten d. h. die Ehefrau kann in Liv- und Esthland außer Neval nicht anders als unter Zuziehung eines Beirathes oder Rathsfreundes im (korrespondierenden) Testamente zu Gunsten ihres Ehemannes verfügen, und zwar muß dieser Beirath (oder wie er auch genannt wird: Assistent) die Testamentsurkunde gleich hinter der Testatrix und vor der Unterschrift des Ehemannes unterschreiben. — Errichtet dagegen eine verheirathete Frau nicht mit ihrem Ehemann, sondern mit einer andern Person ein korrespondierendes Testament, so ist hierzu, wie aus demselben Art. 1991 hervorgeht, nach Liv- und esthländischem Recht außer Neval die Einwilligung des Ehemannes erforderlich, die in praxi durch seine Mitunterschrift auf der Testamentsurkunde in der Eigenschaft als „ehelicher Assistent“ oder „ehelicher Beirath“ erfolgt. Dagegen bedürfen Witwen und unverheirathete Personen weiblichen Geschlechts, wenn sie mit einer andern Person ein korrespondierendes Testament errichten, der Zuziehung eines Beirathes oder Rathsfreundes in keinem Fall, da die Rathsfreundschaft historisch aus der allgemeinen Vormundung des weiblichen Geschlechts hervorgegangen und ebenso wie ihr Rest, nämlich die sog. kriegerische Vormundschaft der richtigen, in der Praxis fortwährend geübten Ansicht nach heutzutage weggefallen ist (vgl. argg. Artt. 512—515). —

Wird ein korrespondierendes Testament zwischen solchen Personen errichtet, die dem livländischen Stadtrecht unterworfen sind, so ist die notarielle Errichtungsform die obligatorische, die des Privattestaments also ganz unzulässig, außer in Fällen der Noth und Gefahr (vgl. Art. 2095). Ist nur ein Testator dem livländischen Stadtrecht unterworfen, so muß die Form dennoch die notarielle sein, da beide Willenserklärungen in eine Form zu fassen sind, das livländische Stadtrecht aber nur die notarielle Errichtungsform kennt. Wird deshalb ein korrespondierendes Testament, das nach den Grundsätzen des livländischen Stadtrechts errichtet werden mußte und nach letzterem auch errichtet war und das auf Grund der Artt. 2033—2037 Th. III. des Prov. Rs (in der Fortf. v. J. 1890) dem Notar zur Aufbewahrung übergeben worden, von den korrespondierenden Testatoren zurückgenommen, ohne daß ein neues an seine Stelle errichtet wird, so wird ein solches Testament, wie aus einer Kombination des Art. 2037



mit Art. 2095 hervorgeht, auch wenn es sonst allen Erfordernissen des Privattestaments entspricht, ganz ungültig und kann auch nicht als Privat testament bestehen bleiben, da Privat testamente nach libländischem Stadtrecht überhaupt unzulässig sind. Stirbt somit einer der Testatoren, so würde Intestaterbfolge eintreten. Dasselbe gilt, wenn (nach lib- und esthländischem Recht) das korrespondierende notarielle oder dem Notar zur Aufbewahrung übergebene Testament an einem so beschaffenen, wesentlichen Formmangel leidet, daß es als ein öffentliches nicht mehr gelten kann, mögen auch sonst alle Vorschriften für Privat testamente beobachtet worden sein. —

Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß korrespondierende Testamente, soweit für sie die Form eines Privat testaments zulässig ist, auch in Form eines mündlichen Testaments nach Maßgabe der Artt. 2060—2105 errichtet werden können, was im gemeinen Recht strittig ist\*). —

Zum Schluß ist noch einiges über den Widerruf bei korrespondierenden Testamenten resp. die hierbei zu beobachtende Form zu sagen. — Wie schon gezeigt wurde, hebt der Widerruf des Testaments von der einen Seite das ganze korrespondierende Testament auf, gesetzt auch, daß der andere Theil nicht widerrufen hat. Auch seine Verfügung fällt jetzt zusammen. Aber auch mit den Legaten ist ganz dasselbe der Fall. Auch diese werden hinfällig. Das ergibt sich zum Theil schon aus der allgemeinen Fassung des Art. 2830, wo bestimmt wird, daß wenn ein Testament durch Errichtung eines neuen Testaments oder auf andere Weise widerrufen wird, auch die im ersten Testamente bestellt gewesenen Legate als widerrufen zu gelten haben, selbst wenn das spätere Testament kraftlos wäre.

Wie aber das ganze korrespondierende Testament, so können auch die darin angeordneten legatarischen Verfügungen allein für sich widerrufen werden, während die sonstige testamentarische Verfügung vom Widerruf unberührt bleibt. Dann liegt keine das ganze korrespondierende Testament vernichtende Aufhebung, sondern bloß eine theilweise oder genauer ausgedrückt bloß eine nebensächliche Aenderung der einen Verfügung vor, die an und für sich die andere in toto d. h. sammt ihren Vermäch-

---

\*) Brinz Pand. B. III (2. Aufl. 1886) § 370, S. 65, Note 20 hat sich für die Möglichkeit einer mündlichen Errichtung des korrespondierenden Testaments, Windscheid Lehrb. d. Pandektenrechts B. III (1891) § 586, S. 47, Note 1 dagegen ausgesprochen. — Es hat aber die Brinz'sche Ansicht entschieden mehr für sich, denn der Testamentsakt mit allen seinen Formlichkeiten z. B. Zeugenziehung u. bleibt doch ein gemeinsamer, und was Windscheid als zeitlich getrennte Testamentserrichtung bezeichnet, findet auch beim schriftlichen Testament statt, insofern doch der eine Testator immer erst nach dem andern unterschreiben kann, während bei mündlichen Testamenten beide Testatoren sogar gleichzeitig sprechen können.

nissen unberührt läßt. Denn das korrespondierende Testament fällt nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (Artt. 2409 und 2414) nur dann seinem ganzen Inhalt nach zusammen, wenn die testamentarische Verfügung des einen Testators als solche ungültig resp. von ihm widerrufen wird, was bei einem bloßen Widerruf der Legate nicht der Fall ist. — Eine bloß theilweise, nicht die Person des eingesetzten Erben betreffende Abänderung des korrespondierenden Testaments, soweit solche von dem einen der Testatoren ausgeht, also z. B. der bloß auf die Legate sich beziehende Widerruf hat keinen Einfluß auf die Verfügung des anderen Testators und bewirkt nicht etwa eine entsprechende Aenderung der andern Verfügung, also etwa eine Aufhebung auch der von diesem andern Testator angeordneten Vermächtnisse\*). Sind aber die Legate von beiden Testatoren gemeinsam an ihrem Gesamtvermögen errichtet worden, so gestaltet sich die Konstruktion noch um Vieles einfacher. In einem so beschaffenen Falle ist es nämlich noch viel klarer, daß eine partielle Aenderung des korrespondierenden Testaments, also, um bei unserem Beispiel zu bleiben, ein von beiden Testatoren gemeinsam bewirkter Widerruf der Vermächtnisse zwar letztere selbst aufhebt, den sonstigen Testamentsinhalt dagegen unangiert läßt. —

Was dagegen die Form anbetrifft, in welcher der Widerruf der korrespondierenden Verfügung stattfinden hat, so werden in dieser Hinsicht die allgemeinen Bestimmungen der Artt. 2806—2813 über den Testamentswiderruf zu beobachten sein. Im Einzelnen ist zu bemerken: jeder der korrespondierenden Testatoren kann seine Verfügung ausdrücklich oder stillschweigend aufheben. Ausdrücklich erfolgt der Widerruf vor Allem durch Errichtung eines das frühere aufhebenden, sich mit demselben in Widerspruch setzenden oder überhaupt eines neuen Testamentes (das aber zeitlich jünger sein muß), oder durch einfachen Widerruf ohne Errichtung eines neuen Testamentes. — Beiden Arten des Widerrufs ist aber die relative Wirkung gemeinsam. Denn — wie zu Anfang dieser Abhandlung gezeigt wurde — kann die Verfügung des andern Theils unter der doppelten Voraussetzung aufrechterhalten bleiben, daß letzterer 1) von dem geschehenen Widerruf Kenntniß erlangt und 2) seine Verfügung.

---

\*) So auch für das gemeine Recht: Heinzerling l. c. S. 264, dagegen aber Böck l. c. S. 178, der in diesen Fällen eine partielle Aufhebung, einen partiellen Widerruf sehen will, in Bezug auf die dasselbe wie bei gänzlichen Widerruf gelten solle. — Die Grenzlinie zwischen Abänderung und gänzlicher Aufhebung resp. Widerruf dürfte in der Erbeinsetzung zu suchen sein. Wo dieser vorliegt d. h. wo ein anderer Erbe an Stelle des früheren eingesetzt wird, liegt Aufhebung resp. Widerruf des Testaments vor, sonst bloße Aenderung, die auf den Bestand der Verfügung des andern Theils von keinem Einfluß ist.

trotzdem mit Willen ungeändert gelassen hatte (Art. 2414 zit.)\*). Beides, die Erlangung der Kenntniß und das absichtliche Bestehenlassen der Verfügung haben eventuelle Interessenten zu beweisen, indem eine Präsumtion hier ganz unzulässig sein dürfte. *Allein facta concludentia* können unter Umständen genügen\*\*). Der ausdrückliche Widerruf kann entweder in einem öffentlichen oder einem Privattestament erfolgen. In welcher Form das widerrufene Testament abgefaßt war, darauf kommt nichts an. Es kann also nach Provinzialrecht ein mittelst Notariatsaktes errichtetes korrespondirendes Testament auch durch ein nachheriges Privattestament widerrufen werden\*\*\*). Nur wenn der widerrufende Theil dem libländischen Stadtrecht unterliegt, war und ist er stets an die notarielle Form gebunden, er muß also entweder ein neues, seiner früheren Verfügung inhaltlich diametral widersprechendes notarielles Testament oder aber einen Notariatsakt aufnehmen lassen, in welchem er seine frühere notarielle Verfügung widerruft. Auch eine notarielle Niederlegung der widerrufenden Willenserklärung hat denselben juristischen Effect, da eine solche, falls über die Niederlegung ein notarieller Akt aufgenommen worden ist, die Wirkung eines notariell errichteten Testaments hat (Artt. 2033—2038). Wenn deshalb der dem libländischen Stadtrecht unterworfenen korrespondirende Testator seine Verfügung in einem Privattestament und zwar nicht einfach, sonder in der Form eines ganz neuen Testaments, also unter Einsetzung ganz anderer Erben widerruft, so muß die frühere Verfügung in Kraft verbleiben, da das spätere Privattestament ein *nullum testamentum* d. h. nichtig ist. In diesem Falle, aber auch nur in diesem Falle werden daher nach libländischem Stadtrecht trotz des Art. 2830 zit.\*\*\*\*) ausnahmsweise auch die Legate der widerrufenen Verfügung bestehen bleiben müssen, da dieser Art. offenbar nicht den an dieser Stelle in Betracht kommenden Fall im Auge hat, wo es sich um eine solche Nichtigkeit des (widerrufenden) Testaments handelt, die auf einem gänzlichen Mangel in der Testamentsform beruht. Bestand jedoch das neue Testament in einer bloß widerrufenden Willenserklärung, so fällt das frühere korrespondirende Testament auch nach libländischem Stadtrecht

---

\*) Das Provinzialgesetzbuch hat sich hiermit einer in der Theorie des gemeinen Rechts vertretenen Ansicht angeschlossen, vgl. z. B. Heinzerling l. c. S. 274, Glück, Ausführl. Erläut. Bd. XXXVI, S. 67. —

\*\*) Vgl. Heinzerling l. c.

\*\*\*) Vgl. Art. 2801 Ann. 1.

\*\*\*\*) Dieser Art. bestimmt nämlich, wie wir gesehen haben, daß auch trotz Kraftlosigkeit des widerrufenden Testaments die Legate des früheren Testamentes zusammen mit letzterem dennoch vernichtet werden.

zusammen, wenn nur die allgemeine, im Prob. R. vorgesehene Widerrufsform (vgl. Art. 2807) beobachtet worden ist. Sollte nämlich dem späteren Testament als solchem (d. h. dem neuen, nicht einfach widerrufenden Testament, also dem Testament mit neuer Erbeinsetzung) dennoch eine das frühere aufhebende Wirkung beigelegt werden, so würde man in direktem Widerspruch zu Art. 2095 zur Wirksamkeit eines im Gebiete des libländischen Stadtrechts abgefaßten Privattestaments gelangen, trotzdem daß dieser Art. für das libländische Stadtrecht nur in ganz bestimmten Fällen ein Privattestament zuläßt, nämlich in Fällen der Noth und Gefahr (vgl. Artt. 2091, 2092 u. 2095), zu denen der oben statuierte Fall nicht gehört. Eine Ausnahme aber, die das Gesetz nicht statuiert darf nicht gemacht, sondern muß eben einfach als nicht vorhanden angesehen werden, sei es auch, daß es sich in casu concreto nur um einen einfachen Widerruf der einen korrespondirenden Verfügung und nicht um eine ganz neue Erbeinsetzung handeln sollte. In allen andern Fällen dagegen, also überall dort, wo nicht das libländische Stadtrecht in Frage kommt, muß es bei der Regel des Art. 2830 bleiben. Aus letzterem Art. darf aber nicht etwa die gänzliche Formlosigkeit des Widerrufs gefolgert werden. Es will nämlich dieser Art. mit den vom Widerruf handelnden Artt. 2806—2812 in Zusammenhang gebracht offenbar nichts mehr als dies sagen: wenn die widerrufende Erklärung die Form eines Testaments hat, so schadet die Kraftlosigkeit desselben nichts, sondern bewirkt dennoch Aufhebung des früheren Testaments nebst seinen Legaten. Hat sie aber nicht die Form eines Testaments, so muß wenigstens eines der in den Artt. 2806—2813 erwähnten Formerfordernisse vorhanden sein, während ein gänzlicher Formmangel, totale Formlosigkeit der widerrufenden Erklärung keine Wirksamkeit zu äußern vermögen. Unter der im Art. 2830 erwähnten Kraftlosigkeit wird man also entweder materielle Ungültigkeit des Testaments — und zwar auch nach libländischem Stadtrecht — oder aber den Mangel testamentarischer Formerfordernisse zu verstehen haben, ohne letzteres auch auf das dem libländischen Stadtrecht unterliegende, nicht rein widerrufende sondern eine neue Erbeinsetzung enthaltende Testament zu beziehen. Einer totalen Formlosigkeit des reinen Widerrufs wird in Art. 2830 ziti. — auch für das libländische Stadtrecht — keineswegs das Wort geredet. —

Eine weitere ausdrückliche — nicht in der Errichtung eines neuen Testaments auftretende — Widerrufsform ist in Art. 2807 gegeben, der sich ohne Schwierigkeit auch auf die korrespondirenden Testamente und zwar auch die des libländischen Stadtrechts anwenden läßt. — Dieselbe ist ent-

weder eine notarielle oder eine private. Der notarielle — früher gerichtlich zu Protokoll verlautharte — Widerruf besteht darin, daß der Notar über den mündlich verlautharten Wunsch, das frühere Testament zu widerrufen, einen Notariatsakt aufnimmt oder eine dießbezügliche Urkunde des Widerrufenden, ebenso, unter gleichzeitiger Errichtung eines Notariatsaktes hierüber, zur notariellen Deposition entgegennimmt. Der private — früher außergerichtliche — Widerruf erfolgt schriftlich oder mündlich. Schriftlich durch Unterzeichnung der Widerrufsurkunde seitens des Widerrufenden unter Zuziehung zweier, die Urkunde gleichfalls unterschreibenden Zeugen. Mündlich, durch Aussprechen der widerrufenden Erklärung im Beisein zweier Zeugen. Es kann also auch — wie sich aus Art. 2807 folgern läßt — ein schriftliches (notarielles oder privates) Testament durch mündlichen Widerruf aufgehoben werden. —

Die bloße Zurücknahme des beim Notar zur Aufbewahrung deponierten korrespondirenden Testamentes dürfte nach Art. 2808, abgesehen davon, daß die Testamenturkunde nach den Regeln der Notariatsordnung nur von beiden Testatoren zusammen zurückgenommen und vom Notar nur beiden zusammen ausgereicht werden kann, noch nicht als Beweis des geschehenen Widerrufs angesehen werden, da das zurückgenommene Testament, falls es nach des Testators Tode unversehrte vorgefunden wird, noch immer bei Kräften bleibt, wenn es nur den Erfordernissen des Privattestaments entspricht. Daraus läßt sich die Schlußfolgerung ableiten, daß nach livländischem Stadtrecht (Art. 2095) die aus der notariellen Deposition zurückgenommene korrespondirende Verfügung mit dem Moment der Zurücknahme eo ipso zusammenfällt, ohne daß es noch weiter einer besonderen Widerrufserklärung bedarf, da wegen Art. 2095 das frühere notarielle Testament jetzt auch nicht einmal als Privattestament anerkannt werden kann (vgl. Artt. 2038 u. 2808). — Stillischweigend erfolgt der Widerruf der korrespondirenden Verfügung durch *factis concludentibus*, also durch konkludente Handlungen (vgl. Art. 2806). Das Provinzialgesetzbuch kennt nur einen Fall des stillschweigenden Widerrufs bei Testamenten, nämlich die absichtliche (nicht auch die unabsichtliche oder ohne Willen des Testators durch den dritten erfolgte) Zerstörung der Testamenturkunde oder ihres Inhaltes. Als eine solche Zerstörung werden bezeichnet: Einreißen, Zerschneiden, Verbrennen des Testaments, Abreißen der Testamentsiegel, Durchstreichen des Gesamtinhaltes oder ähnliche Handlungen, in Kurland auch Vernichtung (z. B. Ausradierung, Ausstreichen oder Ausschneiden) der Namen aller direkten Erben (Artt. 2809—2812). Und auch in diesen Fällen ist der Widerruf unwirksam, wenn noch ein anderes Hauptexemplar des Testaments vorhanden ist. Besteres ist aber bei allen Notariats Testamenten der Fall. Denn das eigentliche Original ist Wort für Wort im Aktenbuch

des Notars verschrieben, das sich beim Notar und späterhin in der Kreispostabtheilung befindet\*). Deßhalb und weil bei korrespondirenden Testamenten sehr häufig jeder Testator eine Abschrift des Testaments aus dem Aktenbuch des Notars erhält, werden derartige Handlungen eines Testators zum Widerruf des notariell errichteten korrespondirenden Testaments regelmäßig nicht hinreichend sein.

---

\*) Vgl. Art. 96 der Not. Ordn. (B. XVI des Entw. des Reichsgesetzg.).

---

## V. Abhandlung.

Die „Rathsfreundschaft“ des ostseeprovinziellen Privatrechts nebst den einschlägigen Lehren unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten kriegerischen Vormundschaft.

An mehreren Stellen unseres Provinzialgesetzbuches wird der Zuziehung eines sogenannten „Rathsfreundes“ — gewöhnlich „Beirath“ genannt — seitens der Ehefrau oder Wittve gedacht, deren Zahl bisweilen auf zwei erhöht wird (vgl. z. B. Artt. 30, 281, 283, 286, 1805 und 1991 Th. III des Prov. Rs.) — Da nun die Modifikation die rechtliche Stellung dieses sogenannten „Beirathes“ — für den man auch den treffendern Ausdruck: „Rathsfreund“ setzen kann — und die Folgen der in casu concreto unterlassenen Zuziehung desselben garnicht näher präzifiziert, andererseits aber auch die Litteratur des ostseeprovinziellen Privatrechts diesen Gegenstand bis jetzt — wenigstens meines Wissens nach — fast ganz unberücksichtigt gelassen hat, so dürfte die Behandlung des obigen Themas angesichts der großen praktischen Bedeutung der Frage nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar nothwendig erscheinen. — Es ergeben sich nämlich hierbei folgende der Reihe nach zu beantwortende Fragen:

I. Handelt es sich bei der Anordnung eines Rathsfreundes seitens des Provinzialgesetzbuches um eine in allen Fällen, ohne Ausnahme platzgreifende Beschränkung der Handlungs-, Geschäfts- resp. Dispositionsfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts überhaupt, ohne Rücksicht darauf, ob sie Ehefrauen, Wittween oder Jungfrauen sind, oder bezieht sich diese Beschränkung nur auf einzelne Fälle?

II. Im Falle der Verneinung der in I gestellten Frage: 1) auf welche besonderen Fälle soll sich jene Beschränkung beziehen?

- 2) Für welche Personen weiblichen Geschlechts soll die Zuziehung eines Rathsfreundes obligatorisch sein?
- 3) Welches ist die rechtliche Stellung des Rathsfreundes? und
- 4) Welches sind die juristischen Folgen der unterlassenen Zuziehung des Rathsfreundes?

I.

Handelt es sich bei der genannten Anordnung eines Rathsfreundes seitens des Provinzialgesetzbuches um eine in allen Fällen ohne Ausnahme platzgreifende Beschränkung der Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts überhaupt, ohne Rücksicht darauf, ob sie Ehefrauen, Wittween oder Jungfrauen sind?

In gewisser Beziehung fällt diese Frage mit der andern, ob nämlich das Provinzialgesetzbuch eine allgemeine Geschlechtsvormundschaft aller Personen weiblichen Geschlechts kennt, inhaltlich zusammen, insofern die sogenannte Rathsfreundschaft — wir schicken das gleich hier voraus — nichts mehr als ein Ueberrest der tutela mulierum ist, wie eine solche gemäß mittelalterlicher Rechtsanschauung bei allen Personen weiblichen Geschlechts sowohl in Deutschland als auch in den Ostseeprovinzen gefordert wurde.

Das Römische Recht kannte eine Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts in seiner privatrechtlichen Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit gegenüber dem männlichen Geschlecht von jeher nur in sehr bescheidenem Maße. Vielmehr waren — wenn wir von dem den Frauen anhaftenden Mangel politischer Rechte und der aus letzterem resultierenden Unfähigkeit derselben zur Zeugnisfähigkeit, insbesondere bei Testamenten sowie zur Uebernahme von Vormundschaften absehen — die prinzipielle privatrechtliche Gleichstellung beider Geschlechter im Justinianischen Recht jedenfalls bis zur Totalität durchgeführt\*). So war jetzt namentlich die noch in der klassischen Kaiserzeit gültig gewesene Weibertutel verschwunden, desgleichen hatte die Härte der manus längst freieren, würdigeren Eheformen Platz gemacht und auch erbrechtlich war zu Justinians Zeiten die Stellung der Frauen der den Männern vollkommen gleich. Bestehen geblieben waren nur die Intercessionsprivilegien auf Grund des *scilicet Vellejani* \*) und alle dem *jus publicum* entspringenden oder mit ihm in Verbindung stehenden resp. aus ihm fließenden Rechte. — Daß die Frau, die verheirathete sowohl als die unverheirathete, zu ihren Rechtsgeschäften der Zuziehung irgend eines Vormundes, Curators oder Beirathes bedürft hätte, davon weiß

\*) Vgl. Dernburg Pandekten B. I, § 55, S. 129.

\*\*) Vgl. darüber C. G. von Wächter's Pandekten (herausgegeben v. O. v. Wächter) B. II (1881) § 222, S. 513. —



die Geschichte des Römischen Rechts absolut nichts zu vermelden. Der Grundgedanke, der das Römische Recht bei Statuierung resp. Beibehaltung jener erwähnten vereinzelt privatrechtlichen Beschränkungen der Personen weiblichen Geschlechts beherrschte, war theilweise der, daß Frauen dem öffentlichen Leben fern zu bleiben hatten — denn auch die Intercessionsfähigkeit des Mannes war durch dessen politische Stellung bedingt — theils beruhte er auf der Berücksichtigung der den Frauen in der Regel eigenthümlichen Geschäftsunkenntniß und Unerfahrenheit (imbecillitas\*).

Das deutsche Recht stellte sich auf einen durchweg andern Standpunkt. Nicht die Geschäftsunkenntniß, sondern die mangelnde Wehrfähigkeit sowie die größere Schutzbedürftigkeit der Personen des weiblichen Geschlechts waren es hauptsächlich, die eine Zurücksetzung derselben gegenüber dem männlichen Geschlecht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und dem damals in engsten Zusammenhang mit letzterem stehenden Privatrecht zur Folge haben mußten\*\*). Wie konnte aber die mangelnde Wehrfähigkeit der Frauen von Einfluß auf ihre Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit sein? Aus der eigenthümlichen, insbesondere durch das spätere Lehnswesen bedingten Verquickung des öffentlichen Rechts mit Rechtsnormen rein privatrechtlichen Charakters, wie eine solche im ältesten deutschen Rechte stattfand, aus der Unfähigkeit des weiblichen Geschlechts zum Waffenhandwerk, zur Heerfolge und zum Vasallen- resp. Lehnssdienst, sowie der daraus unmittelbar resultierenden Verpflichtung zu einem niedrigeren Wergeldsbetrage als ein solcher von den wehr- und waffenfähigen Männern verlangt wurde\*\*\*), mußte sich mit Nothwendigkeit eine in mancherlei Hinsicht platzgreifende privatrechtliche Minderstellung ergeben, die obwohl in den heutigen modernen Gegebenheiten so gut wie beseitigt, dennoch einige Spuren ihrer frühern Geltung, so insbesondere unter Hinzutritt noch anderer Gesichtspunkte die erbrechtliche Bevorzugung des männlichen Geschlechts gegenüber dem weiblichen bei der Erbfolge in Geschlechts- oder Erbgütern resp. Lehen und später in den Familienfideikommissen hinterlassen hat. —

\*) Erdmann System B. I § 17, S. 82, Cfr. Dernburg, l. c., Windscheid: Lehrb. B. I, § 54, S. 129.

\*\*) Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts B. I (1900) § 41, S. 255 f., O. Gierke: Deutsches Privatrecht B. I (1895), § 43, S. 379 f.; Gerber: System des Deutschen Privatrechts (14. Aufl.) § 245, S. 680; Maurenbrecher: „Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts B. II (2. Aufl., 1855), § 584, S. 301 ff., und 3511, S. 190 ff.; Hillebrand: „Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts mit Einfluß des Handels- und Lehnrechts“ B. I, (2. Aufl., 1864) § 196, S. 719; Phtlipsis: „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einfluß des Lehnrechts“ B. I, (3. Aufl., 1846), § 29, S. 225 f.

\*\*\*). Vgl. Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts B. I, § 39, S. 238 f.

Berücksichtigt man die mit den obenerwähnten Momenten zusammenhängende Unfähigkeit resp. mangelnde Befugniß der Personen weiblichen Geschlechts — ohne Unterschied ob es sich um Verheirathete oder Unverheirathete handelte — in der Volksversammlung und später in den ordentlichen Gau- oder Schiedsgerichten zur Wahrnehmung resp. Durchsetzung etwaiger streitiger Rechtsansprüche zu erscheinen, sowie die den Frauen absolut verschlossene Möglichkeit von dem Fehderecht Gebrauch zu machen und dergestalt, statt den ordentlichen „Gerichtsweg“ einzuschlagen, durch Fehdeansagung sich ihr Recht von dem ebenfalls zur Fehdeansagung und zu bewaffnetem Widerstande befugten Gegner mit Waffengewalt zu erzwingen und „Rache“ für erlittene Rechtsverletzungen zu üben, so erklären sich die erwähnten Beschränkungen der Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechts sehr leicht, besonders wenn man dabei an das Recht, vor Gericht handelnd aufzutreten also prozeßhandelnd thätig zu sein, denkt \*). Denn wie Personen weiblichen Geschlechts auf den Volksversammlungen, wo nur Waffenfähige zu erscheinen befugt waren, nicht zugegen sein durften und folglich daselbst auch nicht ihr Recht suchen konnten, so haftete ihnen derselbe Mangel an, als die Verhandlung und Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten von den außerordentlichen Volksversammlungen auf die ordentlichen ständigen Gerichte überging \*\*). Allein diese Beschränkung der Handlungsfähigkeit tangierte in keiner Weise die Rechtsfähigkeit jener Personen, denn sonst hätte über die Hälfte der damaligen Bevölkerung Deutschlands an jenem Mangel leiden müssen. Die Rechtsfähigkeit bleibt vielmehr den weiblichen Personen ebenso gewahrt, wie auch den Minderjährigen und Geisteskranken. Zu diesem Behufe wurde ihnen ein Schutz durch Beordnung einer männlichen Person, die in den ältesten Rechtsquellen verschiednen benannt wurde: Vormund, Vogt, Beirather, Beistand, Beirath, Freund, Gefreundter \*\*\*)) etc., verliehen, welcher die Vornahme

\*) Vgl. Praut „Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts“ Bb. I (1835) § 3, S. 24—33.

\*\*) Vgl. George von Engelhardt: „Beitrag zur Beantwortung der Frage: Gehen die von 1561 gewesenen eigenthümlichen teutschen Rechte dem römischen Codex vor, oder stehen sie demselben nach?“ (Mitau, 1817) § 24, S. 24.

\*\*\*)) Auch der Ausdruck: „Blutsfreund“ und „Blutsverwandter“ kommt in den alten Quellen vor, was sich daraus erklärt, daß der Geschlechtsvormund in der Regel aus der Zahl der Verwandten der Jungfrau oder Ehefrau genommen zu werden pflegte. —

Im ältesten deutschen Recht stand übrigens diese Vormundschaft nicht einer einzelnen Person d. h. dem nächsten Schwertmagen, sondern dem ganzen Sippsverbande d. h. der Gesamtmundschaft des agnatischen Geschlechts, der Gesamtheit der Vatersmagen des Mündels zu, vgl. besonders Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte Bb. I (2. Aufl., 1906) § 13, S. 124 u. § 29 S. 331 f. —

derjenigen Handlungen oblag, zu denen die Frauen unfähig waren \*). Auf dieser Grundlage erwuchs die sog. „Kriegsvogtei“ \*\*) oder kriegerische Vormundschaft des weiblichen Geschlechts, die sich bald auch auf die Vornahme von Rechtsgeschäften, die ein öffentliches Auftreten vor Gericht oder einer sonstigen Behörde erforderten, wie z. B. die Auflassung, sowie von andern Rechtsgeschäften wichtigerer Natur, z. B. Testamenten erstreckte. Daß der Vormund oder Beirath in der Folge nicht allein handelte, sondern in Verbindung mit der Frau, war nur ein Zug späterer Entwicklung der Geschlechtsvormundschaft und gewissermaßen die erste Stufe zu ihrer Abschwächung und spätern gänzlichen Abschaffung.

Das Gesagte gilt sowohl von den verheiratheten als auch von den ledigen Frauenzimmern\*\*\*): für beide bestand die sog. Geschlechtsvormundschaft und zwar nicht nur für die Länder des sächsischen Rechts, sondern auch für anderen †). Für beide galt der Grundsatz, daß die Vornahme der ihnen untersagten Handlungen allein ohne Zuziehung ihres „Vogtes“ Ungültigkeit derselben nach sich zog. — Aber allerdings hatte die kraft der ehemännlichen Mundialgewalt platzgreifende Vormundschaft einen andern Charakter, insofern hier noch einige andere mitwirkende Momente hinzutraten. Es kam nämlich hinzu, daß der Vater die Vormundschaft über seine Tochter oder der Vormund seine Mundschaft über die Pflegebefohlene dem die Ehe mit ihnen eingehenden Bräutigam gegen Entrichtung eines gewissen Entgelts (Mundschag) übertrug ††), wodurch die Vormundschaft vom Vater auf den Ehemann überging †††). So war es denn selbstverständlich,

\*) Vgl. Kupffer: Zivilrechtliche Entscheidungen in Jahrg. IV der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausg. v. d. jurist. Fakult. der Univ. Dorpat (1837) S. 246. —

\*\*) Vgl. auch hierüber Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, § 69, S. 294 u. Baumeister: „Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg, Bd. II, (1856), § 96, S. 200. —

\*\*\*). Vgl. auch Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, B. IV, (1823) § 568, S. 508.

†) So heißt es z. B. im Württembergischen Landrecht, Th. Tit. 29: „Daß keine Weibsperson ihre liegende Güter, oder etwas namhaftes und ansehnliches von fahrender Hab verändern, noch auch ihre Güter mit Zinsen und Gült beschweren oder einigen andern Contract und Handthierung ohne ihren Ehevogt treffen solle. Und da sie im ledigen oder Wittwenstand wäre, solle ihr ein Vogt durch unserer Amptleut und Gericht Erkenntniß, nach Gelegenheit der Personen und Sachen gegeben werden.“ Zitiert nach Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. IV, S. 514, Note 119. Vgl. auch noch Schroeder „Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland,“ I. Theil (1863) § 1, S. 1 ff. — Warum übrigens die Waffenunfähigkeit der Weiber nach Schroeder, l. c., Anm. 1, nicht einer der hauptsächlichsten Veranlassungsgründe für die Geschlechtsvormundschaft gewesen sein soll, ist mir nicht verständlich. —

††) Vgl. Jakob Grimm: „Deutsche Rechtsalterthümer“, B. I, (Göttingen, 1828) S. 420 ff. —

†††) Vgl. auch Jakob Grimm: „Deutsche Rechtsalterthümer“, B. I, S. 447, u. dazu Kraut: „Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts“ B. I, (1835) § 20, S. 171 u. B. II (1847) § 59, S. 179. — Uebrigens leugnet es Kraut wie-

daß die Rolle des Geschlechtsvormundes jetzt dem Ehemann als Ehevogt oder ehelichen Vormund zufiel und daß letzterer nunmehr die Vertretung der Interessen seiner Frau nach außen hin, ihre Vertretung in allen Vermögensangelegenheiten, die Abschließung von Rechtsgeschäften aller Art für sie resp. mit ihr sowie überhaupt die Verwaltung ihres gesamten Vermögens übernahm und für die ganze Dauer der Ehe behielt\*). Der Ehemann war also nicht nur der präsidentive kriegerische Vormund seiner Frau, sondern auch überhaupt ihr Vormund in jeder Beziehung\*\*). —

berholentlich, daß die güterrechtliche und sonstige Vorherrschaft des Ehemannes in der Ehe auf die spezifisch ehemännliche Vormundschaft resp. nur auf diese zurückzuführen sei. Denn es gäbe Fälle, wo die Ehevormundschaft dem Mann zwar nicht zustünde, letzterer aber dennoch alle sonst dem Ehemann zustehenden Rechte am Vermögen der Ehefrau zc. ausübe, wofür als Beispiel der minderjährige Ehemann angeführt wird, der zwar unmöglich Ehevormund sein könne, nichtsdestoweniger aber alle sonst jedem Ehemann zustehenden Rechte am Vermögen der Frau auszuüben befugt sei. Die Grundlage aller Rechte des Ehemannes sei vielmehr seine Herrschaft im Hause, vgl. „Vormundschaftsrecht“ zc. B. II, S. 345, f. 377, 501 und 562. Dabei übersteht aber Kraut, daß die Gleichheit der eherechtlichen Stellung des minderjährigen Ehemannes mit der des volljährigen als eine durch das Wesen der Ehe gebotene Ausnahme von der Regel erscheint, laut welcher überhaupt auch die Ehevormundschaft eine Eheherrschaft (Ehevogtei) und zwar natürlich zunächst eine Herrschaft im Hause der Ehegatten ist, sowie endlich, daß die Unfähigkeit des minderjährigen Ehemannes zur Ausübung der Ehevormundschaft eben prinzipiell zu leugnen ist, vgl. auch überhaupt gegen Kraut l. c. Rive: „Die Vormundschaft im Deutschen Rechte des Mittelalters,“ Bb. II, 2. Abth. (1875) S. 136 f. — Ebenso ist es eine bloße Ausnahme, wenn in einzelnen Fällen das Recht der Verwaltung des Frauenvermögens dem daran behinderten Mann genommen und auf die Frau übertragen wird. Und schließlich sieht Kraut l. c. S. 329, 392 und 405 sich selbst gemüßigt, die Beschränkung des Veräußerungsrechts und des andern Rechts der Ehefrau, Schulden zu kontrahieren, sowie das Recht des Mannes, seine Frau gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten und zu schützen, aus der ehelichen Vormundschaft zu erklären. —

\*) Gr. Grimm, S. 447, Neubauer, Das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht unter Benutzung amtlicher Quellen (1879), S. 57, 70 u. 81 um die daselbst angeff. Stat. R. Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen, B. II, N. 6, S. 439 f., Schroeder, l. c. Th. II (1847), § 13, S. 225. —

\*\*) Zu wenig betont m. E. n. das Prinzip des Ehemundiums und dessen Einfluß auf die Handlungsfreiheit der Ehefrau Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, B. II, (1821) § 372, S. 608, wo die eheliche Vormundschaft geradezu mit der Geschlechtsvormundschaft identifiziert wird. Vgl. dagegen Rinde: Deutsches eheliches Güterrecht (Oldenburg. 1841), § 62, S. 146 und § 90, S. 206. — Der Mann hatte am Vermögen der Frau die Gewere. — Pauli: „Abhandlungen aus dem Lübschen Rechte,“ B. II, (Lübeck, 1840) § 1, S. 3 nennt außer der Ehevogtei noch die eheliche Genossenschaft als Grundlage des Lübschen ehelichen Güterrechts, die er aber nicht näher definiert. Vgl. übrigens noch gegen Eichhorn, a. a. D. Heise und Cropp l. c. u. Baumeister, l. c. Bb. I, § 72, S. 27—32 n. § 77, S. 59—64.

Mit dem Aufblühen der Städtewesen und der damit verbundenen Entwicklung von Handel und Gewerbe, mit der immer weiter umfichgreifenden Ausscheidung der publizistischen Elemente aus dem Kreise der Privatrechtsnormen und begünstigt durch den auch nach dieser Richtung hin nivellierend wirkenden Einfluß des am Ausgang des Mittelalters allenthalben in Deutschland eindringenden Römischen Rechts brachen sich allmählich andere Anschauungen Bahn, die zuerst zu einer Abschwächung\*), schließlich aber zu einer völligen Niederreißung der den Personen weiblichen Geschlechts in obiger Hinsicht anhaftenden privatrechtlichen Schranken führten. Zuerst war es namentlich die sogenannte „Kauffrau“ d. h. die mit Vorwissen und Willen des Mannes ein separates Handelsgeschäft auf eigene Rechnung und in eigenem Namen betreibende Ehefrau, die in ihrer bürgerlichen Handlungs- und Geschäftsfähigkeit in gewisser Hinsicht dem Mann gleichgestellt wurde\*\*). Die frie-

\*) Mit dem nivellierenden Einfluß des römischen Rechts hing es zusammen, daß der Grund für die noch immer beschränkte Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechts von den Juristen nicht mehr in dem ursprünglichen Mangel seiner Wehrfähigkeit, sondern in ächt romanisierender Weise und unter gänzlicher Außerachtlassung jeder juristischen Entwicklung in der den Weibern eigenthümlichen Geschäftsunerfahrenheit gesucht wurde, vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, S. 292.

\*\*) Vgl. Stobbe l. c. B. I, S. 240, Pöhlz, Deutsches und Hamburgisches Handelsrecht, Bd. I (1828), § 24, S. 61, Runde, Güterrecht l. c. § 41, S. 101, Pauli, l. c. S. 144 u. B. III (1841) § 11, S. 428, D. Gierke: „Deutsches Privatrecht“, § 43, S. 380, Neubauer, l. c., S. 9, 56, 58, 77, 95, 100 u. 113 u. Schroeder, Das eheliche Güter. R. Th. II, § 15, S. 100 f., § 27, S. 227 ibid., derselbe, das fränkische eheliche Güter. R. im Mittelalter (1878), § 2 S. 10, § 20, S. 159 ibid., derselbe, das eheliche Güter. R. Norddeutschlands u. der Niederlande im Mittelalter (1874) § 13, S. 225, u. § 15, S. 275. — Jedoch ist wohl von jeher diese Ausnahme von der beschränkten Handlungs- und Geschäftsfähigkeit der Frau — es konnte natürlich auch eine Jungfrau sein — strikte interpretiert worden d. h. man hat sie eben nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte bezogen, die von der Frau als Kauffrau im Bereich ihres Handelsgewerbes und zu Zwecken desselben d. h. um den Handel oder das Gewerbe zu betreiben, abgeschlossen wurden, nicht dagegen auf alle andern Rechtsgeschäfte, die nicht im Bereich des von ihr betriebenen Handelsgewerbes lagen, z. B. bei Veräußerung von Immobilien. (Vgl. z. B. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 73, S. 324—328).

War sie aber in Bezug auf ihren Handelsbetrieb im Abschluß von Rechtsgeschäften selbstständig, ohne eines Geschlechtsvormundes oder auch nur eines Beirathes zu bedürfen, so muß sie es auch in Bezug auf die in diesem Anlaß sich ergebenden Rechtsstreitigkeiten gewesen sein (Kraut l. c. S. 327).

Als Gründe für vorhinermähnte Ausnahme werden gewöhnlich angegeben, daß die obligatorische Zuziehung eines Vormundes oder Rathsfreundes seitens der Kauffrau zu ihren Handelsgeschäften dem Handelsverkehr hinderlich sein mußte, sowie daß das Gebundensein derselben an die vormundschaftliche Einwilligung sie außer Stande setzen würde, den Handel gehörig zu betreiben. — Hauptsächlich mag aber hier wohl die nur zu berechnete Präsumtion maßgebend gewesen sein, daß eine Frau, die sich dem Kaufmannsberuf widmet, genügende Selbstständigkeit und Geschäftserfahrung besi-

gerische und sonstige Vormundschaft über unverheirathete Jungfrauen fielen, nachdem schon früher die Wahl eines Geschlechtsvormundes der Jungfrau bloß anheimgestellt war und diesem Vormunde ohnehin häufig nur die Stellung eines nicht zur Rechenschaftsablegung oder gar Vermögensverwaltung verpflichteten resp. berechtigten bloßen Rathgebers\*) (Weirath, Rathsfreund) zugewiesen war. Mit dieser Beseitigung der sog. Geschlechtsvormundschaft war die privatrechtliche Gleichstellung des männlichen mit dem weiblichen Geschlechte, wie sie im römisch-justinianischen Recht durchgeführt war, vollendet\*\*) und es blieben — abgesehen an einigen wenigen, dem deutschen Recht eigenthümlichen Fällen — nur die dem römischen Recht selbst bekannten Beschränkungen bestehen, so z. B. die Interzessionsprivilegien des Vellejanischen Senatskonsults, die aber von den deutschen Partikulargesetzgebungen auch immer mehr und mehr beseitigt resp. modificiert wurden\*\*\*). Nur die Stellung der Ehefrau mit ihrer durch die eigenthümliche deutschrechtliche Mundialgewalt oder eheliche Vormundschaft gegebenen Vorherrschaft des Ehemannes†) vermochte — und zwar besonders in den Ländern des sächsischen Rechts — gleich einigen andern genuin deutschrechtlichen Beschränkungen des weiblichen Geschlechts überhaupt ††) jenen nibelirenden Faktoren bis in die Jetztzeit hinein zu widerstehen und involvierte seit jeher eine, wenn auch heutzutage in ihrer Strenge vielfach abgemilderte oder

---

ken müsse, um sich vor Schaden zu bewahren, vgl. auch Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 325. — Für die Person der Ehefrau dürfte noch, namentlich betreffs einer eventuellen Schuldenkontrahierung die in der Genehmigung des Handelsbetriebes durch den Mann liegende präsumtive Einwilligung desselben in jedes zum Zweck des Handelsbetriebes vorgenommene Rechtsgeschäft oder in jede von ihr zu diesem Behufe kontrahierte Schuld hinzukommen, vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 576—578. —

\*) Vgl. Eichhorn l. c. Bd. II, § 372, S. 608. — Schon im sächsischen Landrecht finden sich zwar indirekte, aber deutliche Hinweise auf die Eigenschaft des sog. Geschlechtsvormundes als die eines nichtobligatorischen Rathgebers, dessen die Jungfrau zu einer ganzen Reihe wichtiger Rechtshandlungen nicht bedarf. So heißt es z. B. in Bd. I, Art. 45 des sächsischen Landrechts: „Ein Weib vermag auch ohne ihres Mannes Urlaub nichts von ihrem Gute zu vergeben noch Eigen zu verkaufen, noch Leibzucht aufzulassen, um deswillen, weil er mit ihr in den Gewehren sitzt. Jungfrauen aber und unverheirathete Weibspersonen verkaufen ihr Eigen ohne ihres Vormundes Urlaub, er sey denn Erbe dazu.“

\*\*) Vgl. Maurenbrecher l. c. Bd. II, § 302, Hillebrand, l. c. § 196, S. 720. —

\*\*\*) Vgl. v. Roth: System der Deutschen Privatrechts Bd. I, (1880) § 62, S. 370 ff. u. D. Gierke: Deutsches Privatrecht, § 43, 380.

†) Vgl. Maurenbrecher, l. c. Bd. II, § 546, S. 239.

††) So z. B. der Unfähigkeit des weiblichen Geschlechts zur Vormundschaftsübernahme, der erbrechtlichen Zurücksetzung desselben bei Stammgütern u. Familienfideikommissen, vgl. D. Gierke, Deutsches Privatrecht l. c. S. 380.

mobifizierte Befchränkung der Ehefrau als folcher in ihrer privatrechtlichen Handlungs- u. Gefchäftsfähigkeit \*).

Als ehelicher Vormund und Kraft der ihm gebührenden Mundialgewalt ftanden dem Ehemann Nießbrauch und Verwaltung \*\*) des von der Frau inferierten Vermögens zu und hatten das an die Frau adressierte Verbot zur Folge, Rechts-handlungen an diefem Vermögen vorzunehmen, wodurch jenes Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht hätten Einbuße erleiden können \*\*\*). Von diefem Gefichtspunkte aus erklärt fich die Ungültigkeit aller von der Frau einseitig ohne den Konfens ihres Ehemannes vorgenommenen Veräußerungen oder fonftigen Belaftungen ihrer Matengüter, infbefondere die Veräußerung und Verpfändung von Immobilien — auch wenn diefe Sondergut bildeten — sowie überhaupt die Ungültigkeit der Bornahme aller die Maten resp. das „ungezweigte Gut“ verpflichtenden oder haftbar machenden Rechtsgeschäfte, und nur etwa die Verfügung über ihr (mobiliare) Sondergut war der Ehefrau gänzlich freigegeben. Ebenfo natürlich war es auch, daß der Ehemann feine Frau in der Bornahme gerichtlicher Handlungen als der ihr durch die Ehe kraft Mundiums beigegebene Ehevogt vertrat resp. vertreten mußte, folchergeftalt also kriegerrischer Vormund feiner Frau war. Denn überhaupt galt der Satz, daß die verheirathete Frau eines Vormundes gefchweige denn eines Beirathes oder Rathsfreundes nicht bedurfte, fondern daß der Ehemann ihr Vormund, Rathgeber und Vertreter, der Verwalter und Bewahrer ihres Vermögens war. Davon, daß die Ehefrau außerdem noch der Zuziehung von Rathgebern oder Vormündern zur Bornahme gewiffer Handlungen neben ihrem Manne bedurft hätte, wiffen weder die älteren noch die neueren Quellen des deutichen Rechts etwas zu berichten, wiewohl es wahrſcheinlich gewesen fein mochte, daß wenigftens in allen den Fällen, wo die Frau mit dem Manne kontrahierte, ſchon früh die Zuziehung eines Vormundes, Affiftenten oder Rathsfreundes ſeitens der Frau zur Bollziehung der Form obligatorifch gefordert wurde, deren Nichtbeobachtung das betreffende Rechtsgeschäft mindeftens für die Frau anfechtbar gemacht haben dürfte †). Inwieweit nun die Nichtzu-

\*) Vgl. Heimbad ſen. ſub voce „Vormundſchaftsrecht“ in Bd. XIII des Deutichen Rechtslexikons S. 539 ff. u. 665 ff; Phillips, l. c. B. II, § 125, S. 133 f. u. § 141, S. 195.

\*\*) Vgl. Maurenbrecher l. c. Bd. II, § 521, S. 201; Hillebrand l. c. § 182, S. 671.

\*\*\*) Vgl. Heimbad in Weiſe's Rechtslexikon Bd. XIII, S. 667, Note 1364. Diefer Schriftſteller vertritt überhaupt die völlige Unfähigkeit der Frau, ſich ohne ihren Mann rechtsgültig zu verpflichten, und ſieht darin, außer der Rückſicht auf die unantaftbaren Rechte des Ehemannes, den Grund der Unverbindlichkeit des von der Frau abgeſchloſſenen Rechtsgeschäfts.

†) Vgl. Heimbad ſen. ſub voce „Vormundſchaftsrecht“ in Bd. XIII des Weiſe'schen Rechtslexikons l. c. u. paſſim.

ziehung des Geschlechtsvormunds seitens der Jungfrau in allen den Fällen, wo seine Hinzuziehung nöthig — und das wird sie im älteren deutschen Recht stets gewesen sein — und von Einfluß auf den Bestand des Rechtsgeschäfts war, also eventuell Nichtigkeit resp. Anfechtbarkeit desselben zur Folge hatte, dafür finden sich in den betreffenden Rechtsquellen entweder gar keine oder doch nur höchst vereinzelte, fragmentarische Andeutungen, die zusammen mit den entsprechenden oder ähnlichen Stellen der älteren provincialrechtlichen Rechtsquellen Berücksichtigung finden sollen. — Zusammenfassend läßt sich über den wahrscheinlichen, de facto nicht mehr verfolgbaren Entwicklungsgang der Geschlechtsvormundschaft über unverheirathete Jungfrauen folgendes sagen: zuerst war der Geschlechtsvormund der Jungfrau in allen Stücken übergeordnet, er vertrat sie sowohl in vermögensrechtlicher als auch persönlicher Hinsicht, insbesondere vor Gericht, bei Auflassungen etc. Dann wurde die Jungfrau in vermögensrechtlicher Beziehung selbstständig, doch war sie berechtigt, sich einen Beirath zu erbitten und ein solcher mußte ihr vom Gericht auf ihre Bitte bestellt werden. Schließlich blieb nur noch die kriegerische Vormundschaft als obligatorisch bestehen, bis auch diese in neuerer Zeit beseitigt wurde. Dementsprechend war die rechtliche Stellung des Beirathes in der ersten Zeit gleich der des Vormundes, insofern beide Bezeichnungen promiscue für einander gebraucht wurden, und bestand in der Fürsorge nicht nur für die Person, sondern auch für das Vermögen der Jungfrau. Als nun die Anordnung eines Vormundes resp. Hinzuziehung desselben nicht mehr oder nicht mehr in allen Fällen verlangt wurde, insbesondere also die Vermögensverwaltung und Disposition der Jungfrau freigegeben wurde, wurde aus dem Vormund ein bloßer Rathgeber\*) oder Rathsfreund, dessen rechtliche Stellung auf die Ertheilung von Rathschlägen in allen wichtigen Fällen des Lebens hinauslief, und dessen Hinzuziehung zuerst obligatorisch, in der weiteren Entwicklung aber dem freien Ermessen der Jungfrau anheimgestellt worden sein mochte\*\*). Darin zeigt sich auch ein nicht unwesentlicher Unterschied zwischen der ehemännlichen und der Geschlechtsvor-

---

\*) Siehe über die geschichtliche Entwicklung des Instituts der Geschlechtsvormundschaft Kraut, die Vormundschaft (künftighin zitiert als „Vormundschaftsrecht“) B. II, § 68, S. 266—290, der auch unter Andern darauf hinweist, daß schon im Mittelalter sich eigentlich nur noch Ueberbleibsel der Geschlechtsvormundschaft im Deutschen Recht erhalten hätten (S. 267). Den entscheidenden Wendepunkt führte erst die Rezeption des römischen Rechts herbei, vgl. darüber die Textausführungen.

\*\*) Es lag darin gewissermaßen der Todeskeim des Instituts der Geschlechtsvormundschaft über unverheirathete Personen weiblichen Geschlechts, denn was war natürlicher, als daß die Jungfrau sich eben den gefälligsten und nachgiebigsten, oft vielleicht auch unerfahrensten Mann zu ihrem Geschlechtsvormunde auswählte! War sie doch in dieser ihrer Wahl ganz dem eigenen Ermessen und Gutdünken überlassen, vgl. namentlich Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, § 72, S. 320.



mundschaft in ihrem weitem Entwicklungsstadium, daß erstere hauptsächlich eine vermögensrechtliche Vormundschaft d. h. vorzugsweise im Hinblick auf das von der Frau inferierte Vermögen eingeführt worden war, das den Ehezwicken resp. dem ehemännlichen Mißbrauchs- und Verwaltungsrecht durch einseitige Vornahme von Rechtsgeschäften abseiten der Frau nicht entfremdet werden sollte, wogegen dem Geschlechtsvormund die Vermögensverwaltung in dem Maße entzogen wurde, als er in der Folge zu einem bloßen Rathgeber herabsank\*). —

Dagegen war es natürlich, daß die Wittween vielfach anders behandelt wurden. Die in den meisten deutschen Statutarrechten üblich gewordene Fortsetzung der Gütergemeinschaft seitens der Wittween mit den nachgebliebenen Kindern mußte angesichts der meistentheils der Mutter in die Hand gegebenen Verwaltung und Nutznießung der „ungezweiten“ Masse naturgemäß zu einer schärfern Kontrolle der mütterlichen Verwaltungsthätigkeit führen\*\*). In Anbetracht dessen wurden der Wittwe, theils wegen der größeren Geschäftsunerfahrenheit der Frau, theils um im Interesse der Kinder einer Minderung oder Deteriorierung der Gesamtmasse durch willkürliche Vornahme von irgendwelchen Rechtsgeschäften seitens der Mutter vorzubeugen, theils endlich behufs Verhütung einer vorzeitigen Zersplitterung des Gesamtgutes, seitens der kompetenten Obrigkeit (Magistrat, Waisengericht zc.) schon frühe Mitvormünder womöglich aus der Zahl der nächsten Verwandten der Kinder beigeordnet, die gemeinsam mit ihr die Vormundschaft über die Kinder und die Verwaltung des gesamten Vermögens zu führen hatten und deren Aufgabe unter Anderem auch gerade in der Ausmittelung, Auskehrung oder Sicherstellung der Kindesanteile am Gesamtgut für den Fall der Wiederverhehlung der Mutter oder Aufhebung der Gütergemeinschaft bestand. — Welches im Einzelnen die Kompetenzen dieser Vormünder waren, inwieweit die mütterliche Vormundschaft dadurch beschränkt wurde, welches die Folgen der einseitigen Vornahme von Rechtsgeschäften über das Gesamtgut seitens der Mutter ohne Befragung resp. Hinzuziehung ihrer Mitvormünder — die übrigens auch hier häufig Beiräthe, Berather, Rathsfreunde hießen — im Einzelnen waren sowie ob es nicht auch hier außer den eigentlichen Vormündern noch Rathsfreunde gab, deren Bestellung und Hinzuziehung bei Vornahme irgendwelcher beliebiger Rechtsgeschäfte für die Wittwe bloß fakultativ

---

\*) Vgl. Kraut, Vormundschaftsrechts, B. II, § 71, S. 312 ff. — Vgl. aber Gengler: Lehrb. des deutschen Priv. Rs, Th. II (1862) § 214, S. 1276 ff. u. Baumeister l. c. Bd. II, § 97, S. 205, welche die Geschlechtsvormundschaft sogar noch für das neuere deutsche Recht als obligatorisch hinstellen. —

\*\*) Der Geschlechtsvormundschaft als solcher war übrigens die Wittwe nicht unterworfen, sogar nicht zur Zeit der alten Volksrechte, vgl. Schroeder, l. c. Th. I, S. 45 f.

war, entzieht sich bei der großen Dürftigkeit der Quellen in dieser Beziehung größtentheils der sichern Beurtheilung und nur soviel scheint festzustehen, daß, wo von Mitvormündern gesprochen wird, diese wahre, wirkliche Vormünder waren, denen auch die Vermögensverwaltung resp. Mitverwaltung des Vermögens zustand und deren Nichtmitwirkung das betreffende Rechtsgeschäft in jeder Hinsicht zu einem nichtigen, nicht bloß anfechtbaren resp. zu einem negotium claudicans gemacht haben wird, wo jedoch neben den Vormündern noch Rathgeber oder Assistenten genannt werden, offenbar nur solche Personen männlichen Geschlechts gemeint sind, die von der Wittwee gegebenenfalls oder einzufür allemal befragt resp. zur Mitwirkung bei Rechtsgeschäften hinzugezogen werden können, aber nicht wissen, deren Nichthinzutritt also die betreffende Rechtshandlung der Wittwee in derselben Kraft beließ, die sie im Fall der Mitwirkung gehabt hätte, also Personen, deren juristische Stellung die eines Rathgebers im gewöhnlichen Sinne des Wortes war und die hinsichtlich des von ihnen erteilten Rathes nur den zivilrechtlichen Folgen eines solchen unterlagen. —

Auch hinsichtlich der Frage, ob geschiedene Ehefrauen eines Vormundes — der jedenfalls kein Geschlechtsvormund gewesen sein kann — oder nur eines Beirathes bedurften, und im Bejahungsfalle, ob und inwiefern aus einem solchen Vormund zuletzt ein bloßer Beirath wurde, bewahren die ältern deutschen Rechtsquellen bis zur Reformationszeit vollständiges Schweigen, was umso erklärlicher ist, als die Katholische Kirche die Ehescheidung prinzipiell verwarf und höchstens eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett zuließ. — Indes auch die Statuten und Partikularrechte der neuern nachreformatorischen Zeit enthalten nichts auf diesen Punkt Bezügliches, so daß man sich auch hier auf das Gebiet der reinen Vermuthungen hingewiesen sieht. Diese aber führen zur Annahme, daß die geschiedene Ehefrau, da die Ehe mit allen ihren rechtlichen Wirkungen in Zukunft für aufgehoben gelten soll, auch nicht mehr der ehelichen Vormundschaft ihres früheren Mannes unterworfen sein kann, mithin also hinsichtlich ihrer Handlungs- und Geschäftsfähigkeit der Jungfrau gleichgesetzt werden muß. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, daß die Geschlechtsvormundschaft, solange und soweit eine solche überhaupt noch bestand, bei den geschiedenen Ehefrauen keinen wesentlichen andern Charakter als bei den Jungfrauen gehabt hat und dementsprechend daher auch die Grundsätze über die Beirath- oder Rathsfreundschaft männlicher Personen bei beiden ein und dieselben gewesen sein mögen. —

Als Resultat unserer Entwicklung stellt sich somit heraus, daß weitaus die Mehrzahl der frühern deutschen gleich den wichtigsten heutigen Gesetzbüchern die Geschlechtsvormundschaft über unüberheirathete Frauenpersonen inkl. auch die kriegerische Vormundschaft über dieselben — deren Voraussetzungen

übrigens längst weggefallen sind — nicht recipiert hat, \*) und nur die sogenannte eheliche Vormundschaft des Ehemannes, aber auch nur in begrenztem Maße d. h. als Vormundschaft über das Vermögen der Ehefrau — das Wort „Vermögen“ im weitesten Sinn gebraucht — hat sich in den meisten Zivilgesetzgebungen bis auf den heutigen Tag erhalten. Vollenbs aber ist den früheren sowie den heute geltenden Zivilgesetzbüchern der Begriff des Rathsfreundes, Beirathes oder Assistenten als einer der Frau zugeordneten oder von ihr erbetenen männlichen Unterstützung fremd geblieben. So wenig das Preussische Landrecht, das Sächsishe Zivilgesetzbuch sowie die früheren Gesetzbücher der anderen deutschen Partikularstaaten, ferner das Oesterreichische, Französische und Italienische Zivilgesetzbuch etwas von einer allgemeinen obligatorischen Geschlechtsvormundschaft oder auch nur einer bloß fakultativen Rathsfreundschaft wußten resp. wissen, so wenig ist davon in dem allgemeinen deutschen B. G. B. \*\*) die Rede.

Was nun die eheliche Vormundschaft anbetrifft, so hat nach dem letztgenannten Gesetzbuch die Frau das Recht, alle auf Leistungen gerichteten Rechtsgeschäfte, falls sie dabei der verpflichtete Theil ist, auch ohne Einwilligung des Ehemannes abzuschließen \*\*\*), Schenkungen und angefallene Erbschaften resp. Legate auszuschlagen †), Rechtsgeschäfte jeglicher Art mit dem Ehemann einzugehen, ohne dabei eines Beirathes oder gar eines Vormundes zu bedürfen ††), ja, sogar einseitig über eingebrachtes Gut zu verfügen, falls die Zustimmung des Mannes wegen Abwesenheit oder Erkrankung desselben nicht erhältlich ist oder längerer Aufschub unmittelbare Gefahr bringen dürfte †††). Die Frau ist ferner ganz unbeschränkt in ihrer Geschäftsfähigkeit in allen Fällen, wo der Ehemann ihr den selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gestattet hat, und zwar hinsichtlich aller Rechtsgeschäfte, die der

\*) Vgl. v. Roth l. c. S. 371 f., Stobbe l. c. S. 239 f., Gerber: System S. 681, u. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 72, S. 321. Letzterer Schriftsteller hält überhaupt die Geschlechtsvormundschaft über die unverheiratheten Personen weiblichen Geschlechts für ein unnützes Rechtsinstitut, dessen Abschaffung resp. Abschwächung seitens der Gesetzgebungen er durch eine ganze Reihe von Gründen rechtfertigt. — Vgl. ibid. S. 320 ff.

\*\*) Vgl. Grome l. c. S. 206. In Bezug auf das Französische Recht vgl. namentlich Zachariae-Grome, Handbuch des Französischen Rechts, Bd. III, (8. Aufl. 1895), § 442, S. 76 f. u. besonders Note 4 ibid. Der Beistand, den der Ehemann der Frau nach dem Code civil (Artt. 391 u. 392) und dem deutschen B. G. B. § 1687, Abs. 1 u. 1777 Abs. 3 testamentarisch bestellen kann, hat, wie wir sehen werden, eher den Charakter eines Vormundes.

\*\*\*) Vgl. B. G. B. § 1399

†) Vgl. B. G. B. § 1406, P. 1 u. 2.

††) Vgl. § 1406 P. 3.

†††) Vgl. § 1401.

Betrieb des Erwerbsgeschäfts mit sich bringt\*), und ebenso ist sie zu selbstständiger Führung von Rechtsstreitigkeiten ohne Mitwirkung oder Zustimmung des Mannes berechtigt, ausgenommen\*\*), falls der Gegenstand des Rechtsstreites dem eingebrachten Gute zugehört, und auch in diesem Falle wird von der Zustimmung des Mannes abgesehen, wenn die Frau einen zum eingebrachten Gute gehörigen Rechtsanspruch gegen letzteren gerichtlich geltendmacht\*\*\*). Dieser Punkt ist deshalb besonders wichtig und bezeichnend, weil es doch gerade hier nahegelegen hätte, der im Rechtsstreite mit dem Manne begriffenen Ehefrau einen „Rathsfreund“ — wenn auch gerade keinen Vormund — beizunordnen, dessen Hinzuziehung seitens der Litigantin obligatorisch hätte sein müssen. — Charakteristischer Weise findet sich aber hiervon im deutschen B. G. B. keine Spur und ebensowenig scheint ein solcher Beistand verlangt zu werden, wenn der zwischen den Ehegatten obschwebende Rechtsstreit kein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht betrifft, ein Fall, dessen das B. G. B. garnicht besonders erwähnt und von dem wir daher umso eher berechtigt sind, die unbegrenzte selbstständige Prozeßfähigkeit der Frau, also den Ausschluß jeder kriegerischen Vormundschaft anzunehmen. Auch die Praxis des deutschen Reichsgerichts hat neuerdings wieder in mehreren Urtheilen die Prozeßfähigkeit der Ehefrau anerkannt, so in dem Urtheil des VI-ten Zivilsenats von 16. März 1905 und in dem Urtheil des IV-ten Zivilsenats vom 19. Dezember 1904 †).

\*) Vgl. § 1405.

\*\*) Vgl. § 1400, Abschn. 1, u. § 1407 P. 1, 3 u. 4.

\*\*\*). Vgl. B. G. B. § 1407 P. 2.

†) Vgl. darüber die Gruchot'schen Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrgang 49, Beilageheft (Berlin 1905) S. 946 ff. u. S. 954. In beiden Urtheilen wird jedoch die Sachlegitimation der Ehefrau von der Prozeßfähigkeit als solcher unterschieden und erstere, nicht auch letztere geleugnet, wenn der Rechtsstreit eingebrachtes Gut betrifft. — So heißt es im ersten Urtheil (Vgl. die zitt. Beiträge, I. c. S. 947):

... „Die Ehefrau ist weder durch die Ehe an sich, noch in Folge des ehelichen Güterrechts in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt, sie ist nach § 52, Abschn. 23, P. 6, unbeschränkt prozeßfähig. Auf ihre Sachlegitimation allerdings kann der eheliche Güterstand, insbesondere das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes einwirken, und es kann hierdurch bedingt werden, daß der Ehemann in eigenem Namen die zum eingebrachten Gute gehörenden Rechte klagend geltendmacht oder aber nach Maßgabe des § 1400, Abs. 2 B. G. B. der Ehefrau seine Zustimmung zur klageweisen Geltendmachung durch diese erteilt“ ...

Uebereinstimmend sagt das zweite Urtheil (Vgl. die Beiträge, I. c. S. 954):

... „Als Regel wird anerkannt, daß die ohne Zustimmung des Mannes klagende Frau, wenngleich prozeßfähig, doch zur Sache nicht legitimiert ist, woraus folgt, daß eine von ihr ohne Einwilligung oder Genehmigung des Ehemannes erhobene Klage der hier fraglichen Art von Amts wegen abzuweisen ist“ ...

Das Prinzip der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit der Ehefrau wird vom B. G. B. aber auch hinsichtlich der Abgeschlossenheit von Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten untereinander beobachtet. Auch hier wird der obligatorischen Hinzuziehung eines „Beistandes“, „Beirathes“ oder „Rathsfreundes“ mit keinem Worte gedacht \*), sie ist also folglich auch für diesen Fall abzulehnen. — Die einzige Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit der Frau besteht darin, daß die einseitige Vornahme von Rechtsgeschäften über eingebrachtes Gut Unwirksamkeit derselben nach sich zieht, falls nicht nachträgliche Genehmigung des Ehemannes hinzutritt, und daß dementsprechend auch die klagweise Geltendmachung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Rechts nur unter Zustimmung des Mannes rechtswirksam erfolgen kann \*\*). — Ist nun die Ehe durch Tod oder Todeserklärung des Ehemannes oder durch Scheidung aufgelöst, so bestimmt sich die Handlungs- oder Geschäftsfähigkeit der Wittwe oder geschiedenen Ehefrau verschieden, je nachdem ob Kinder vorhanden sind oder nicht. War die Ehe kinderlos, so ist die Handlungsfähigkeit der Frau eine ebenso unbegrenzte wie bei den Jungfrauen. Sind dagegen Kinder vorhanden, so geht die elterliche Gewalt im Falle der Scheidung, des Todes resp. der Todeserklärung des Ehemannes sowie auch im Falle gänzlicher Verwirkung der elterlichen Gewalt seitens des Vaters auf die Mutter allein über und diese erhält zunächst die freie Nutznießung und Verwaltung des gesamten in ihren Händen befindlichen Vermögens\*\*\*), ohne irgend welcher Mitvormünder oder Rathsfreunde zu bedürfen und ohne Rücksicht darauf, ob nach dem Tode des Vaters die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird oder nicht. Denn nach § 1773 des B. G. B. wird einem Minderjährigen nur dann ein Vormund bestellt, wenn er nicht unter elterlicher Gewalt (des Vaters oder der Mutter) steht d. h. also zunächst wohl in dem Fall, wenn die Eltern tot sind, dann aber auch, wenn die Eltern zwar leben, allein gegebenenfalls zur Vertretung des Minderjährigen weder in der Person noch den sein Vermögen betreffenden Angelegenheiten vertretungsberechtigt sind. —

Allein in gewissen Fällen wird der Wittwe resp. geschiedenen Ehefrau ein sogenannter „Beistand“ von amtswegen d. h. durch das Vormundschaftsgericht bestellt, aber nicht für ihre Person oder ihr Vermögen

\*) Vgl. § 1406 B. 3. — Das Gesetz spricht hier zunächst allerdings nur den Satz aus, daß die Ehefrau bei Rechtsgeschäften mit dem Manne des Konsenses des letzteren nicht bedarf. —

\*\*) Vgl. §§ 1395 u. 1398. — Auf alle Rechtsgeschäfte der Ehefrauen bezieht sich das nach Französischem Recht, vgl. Förstich: „Der Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch“ (2. Aufl. 1899) S. 161.

\*\*\*) Vgl. B. G. B. §§ 1684—1686.

sondern wohl nur für die Person und das Vermögen der Kinder — soweit ihnen solches schon vor dem väterlichen Tode gehörte oder ihnen erst vom Vater hinterlassen ward.

Die Bestellung eines solchen Beistandes greift in folgenden Fällen Platz:

- 1) wenn der Vater die Bestellung desselben testamentarisch angeordnet hat,
- 2) wenn das Vormundschaftsgericht wegen Umfangs oder Schwierigkeit der Vermögensverwaltung oder aus andern Gründen (§§ 1666 u. 1667) eine solche Bestellung im Interesse der Kinder für nöthig erachtet, und
- 3) wenn die Bestellung des Beistandes von der Mutter selbst beantragt wird \*).

Es charakterisiert sich aber die rechtliche Stellung dieses Beistandes nicht etwa als die eines bloßen Rathgebers, dessen Zuziehung überall nur dem Ermessen der Mutter anheimgestellt bleibt und der nur als solcher aus dem von ihm erteilten Rathe zivilrechtlich haftbar wird, sondern als die eines wahren Vormundes oder richtiger Gegenvormundes, dessen Bestellung in den Fällen Nr. 1 u. 2 unabhängig vom Willen der Mutter obligatorisch ist (worauf die Wendung: „hat . . . zu bestellen“ in § 1687 hinweist) und dessen Wirkungskreis und Haftpflicht der eines Gegenvormundes gleich ist \*\*). Dementsprechend ist der Beistand nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet die Mutter bei der Ausübung der elterlichen Gewalt über die Kinder, namentlich auch in der Erziehung derselben zu überwachen und — falls die vom Vormundschaftsgericht angeordnete Bestellung nicht etwas Anderes bestimmte — alle Angelegenheiten des Kindes, insbesondere die Verwaltung seines Vermögens zu besorgen und zu führen, und die Mutter ihrerseits ist an die Ertheilung seiner Genehmigung bei Vornahme aller Rechtsgeschäfte gebunden, bei welchen ein Vormund der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts bedarf d. h. mit andern Worten: die Wittwee oder geschiedene Ehefrau muß in allen wichtigen Angelegenheiten und Rechtsgeschäften den Beistand hinzuziehen, widrigenfalls Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts eintritt \*\*\*). Der Wittwee und geschiedenen Ehefrau fehlt also in Bezug auf die Verwaltung des Kindesvermögens und überhaupt hinsichtlich der vermögensrechtlichen Vertretung des Kindes jene unbeschränkte Dispositions- und Geschäftsfähigkeit, wie solche dem Vater zusteht. Die Mitwirkung und Hinzuziehung des einmal bestellten Beistandes nach der vorhin bezeichneten

---

\*) Vgl. G. B. G. § 1687.

\*\*) Vgl. § 1694 und Buchfa: „Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. deutsche Reich und des gemeinen Rechts“ (1899) § 41, C. 361.

\*\*\*) Vgl. §§ 1689 und 1690, Buchfa l. c. C. 361. —

Richtung hängen somit keineswegs, wie die Einholung eines Rathes, vom ihrem Belieben ab, sondern wird ihr geradezu zur Pflicht gemacht\*). —

Die Grundsätze des B. G. B. über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§§ 1483—1519) nach dem Tode des einen Ehegatten ergeben auch keine Besonderheiten. Vielmehr geht aus § 1487, der dem überlebenden Ehegatten in Bezug auf das Gesamtgut die rechtliche Stellung des Mannes, den antheilsberechtigten Abkömmlingen jedoch die rechtliche Stellung der Frau einräumt, hervor, daß beispielsweise die Frau unter der Kontrolle eines Vormundes resp. Vormundschaftsgerichts stehen muß, unter dessen Leitung die Verwaltung der Gesamtmasse seitens der Wittwe erfolgt. Von einem sonstigen ihr obligatorisch zur Seite zu stellenden männlichen Rathgeber oder Beistande, der hinsichtlich seiner Haftbarkeit nur etwa den zivilrechtlichen Folgen der Ertheilung eines Rathes unterworfen wäre, ist dagegen im Gesetz nirgends die Rede.

Man kann somit für das B. G. B. mit Fug und Recht den Satz aufstellen, daß demselben ein nur in gewissen Fällen der Frau resp. Wittwe zur Seite zustellender Beistand bekannt ist, der aber, wo er vorkommt, nicht die Stellung eines bloßen Rathgebers, sondern die eines Gegenvormundes hat. Nur soweit die Ehefrau oder Wittwe in ihren Eigenschaft als Vormünderin resp. Vertreterin ihrer Kinder, also namentlich auch in Beziehung auf das Vermögen der Letztern ein Rechtsgeschäft abschließen will, kann von einer obligatorischen Zuziehung des Beistandes die Rede sein, wogegen in allen andern Fällen die unbeschränkte Handlungsfähigkeit dieser Personen selbstverständlich ist.

Was dagegen die unverheiratheten Personen weiblichen Geschlechts anbelangt, so stehen diese nach dem Recht des B. G. B., insoweit sie volljährig und sonst nicht irgendwie in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, den Männern vollkommen gleich. Von einer Geschlechts- oder auch nur kriegerischen Vormundschaft über dieselben findet sich also in diesem Gesetzbuch keine Spur, ja selbst eine bloß fakultative, also nicht obligatorische Zuziehung eines Beistandes, Rathsfreundes oder Rathgebers seitens der Jungfrau muß für das deutsche B. G. B. — wie es scheint — abgelehnt werden, wenigstens geschieht einer solchen nirgends Erwähnung. —

Ghe wir nun auf die Entstehung der Rathsfreundschaft der ostseeprovinziellen Kodifikation übergehen, sei es uns verstattet, in Kürze

\*) Daß der Beistand kein bloßer Rathgeber oder Rathsfreund ist, ergibt sich besonders auch aus § 1691:

„Soweit die Anlegung des zu dem Vermögen des Kindes gehörenden Geldes in den Wirkungskreis des Beistandes fällt, finden die für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften der §§ 1809 u. 1810 entsprechende Anwendung.“

noch einige moderne Zivilgesetze würde vergleichsweise heranzuziehen, um zu zeigen, wie schließlich die totale privatrechtliche Gleichberechtigung beider Geschlechter in ihnen durchgeführt und dem den modernen Verkehrsanschauungen längst nicht mehr entsprechenden Institute der *Nathsfreundschaft* der Todesstoß versetzt ist. — Wir bedienen uns zu diesem Zwecke des Vorentwurfs zum Schweizerischen Zivilgesetzbuche (1900) und des Entwurfes eines Ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1. Fassung 1901). —

Was zunächst den erstgenannten Entwurf anbetrifft, so ist es von vornherein natürlich, daß ein auf so demokratisch-republikanischer Grundlage aufgebautes Staatsgebilde wie das Schweizerische ganz besonders in den Produkten seiner gesetzgeberischen Thätigkeit mit allen Traditionen brechen und gerade auch in der Frage nach der Handlungs- und Geschäftsfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts zu einer durchaus freien, auf immer größere Anerkennung und Durchführung der Selbstständigkeit des letzteren in privatrechtlicher Hinsicht abzielenden Stellungnahme gelangen mußte. Und wirklich hat der Vorentwurf einen ganz bedeutenden Schritt vorwärts zur beinahe ausnahmslosen privatrechtlichen Gleichstellung des weiblichen mit dem männlichen Geschlecht gethan, wie die folgende, wenn auch nur skizzenhafte Uebersicht über die einschlägigen Artikel hoffentlich zeigen wird. So beginnt zunächst der Schweizerische Vorentwurf gleich damit, daß er jeden Mündigen d. h. Zwanzigjährigen als handlungsfähig bezeichnet, ohne zwischen den beiden Geschlechtern irgendeinen Unterschied zu machen\*), ja, es wird sogar noch hinzugefügt, daß Heirath mündig mache\*\*).

Als wirklich handlungsunfähig werden außer den Unmündigen nur Kinder, Geistesranke oder Geisteschwache sowie namentlich alle diejenigen, die sich in einem, wenn auch nur vorübergehend unzurechnungsfähigen Zustande befinden, genannt, sonst Niemand\*\*\*). Eine Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts nach dieser Richtung hin gegenüber den Männern — und sei es auch nur in Gestalt einer partiellen Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit — findet sich auch im Schweizerischen Vorentwurf nirgends ausgesprochen. — Die volle, uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit der Ehefrau — um zuerst von den verheiratheten Personen weiblichen Geschlechts zu sprechen — zeigt sich wohl am deutlichsten in den Artt. 191, Abs. 1 und 200, Abs. 1. — Letzterer gestattet den Ehegatten, Rechtsge-

\*) Vgl. Art. 7 u. 8 des Vorentwurfs.

\*\*) Vgl. Art. 8.

\*\*\*) Vgl. Artt. 10—12.



schäfte mit einander je nach Gefallen abzuschließen. Gerade hier hätte es nun nahe gelegen, der Ehefrau als dem in der Regel schwächeren, unerfahrenern Theil zu diesem Behufe einen Vormund oder wenigstens einen Rathsfreund zur Seite zu stellen und die Gültigkeit des Geschäftsabschlusses von dessen Zustimmung resp. Mitwirkung abhängig zu machen. Wenn nur aber der Handlungsfähigkeit der Ehefrau nicht einmal bei Rechtsgeschäften mit ihrem Manne, dessen Ueberredung doch sehr naheliegend und vorauszusetzen ist, irgend welche Schranken gesetzt werden, so kann derartiges bei allen anderen Rechtsgeschäften d. h. bei den mit Dritten abgeschlossenen noch viel weniger stattfinden, und nur diejenigen Rechtsgeschäfte machen in dieser Hinsicht eine Ausnahme, durch deren Vornahme das dem Ehemanne nach dem jeweiligen Güterstande (Güterverbindung, Gütergemeinschaft oder Gütertrennung) eventuell zustehende Nutznießungs- oder Verwaltungsrecht am Gesamtgute resp. dem Frauenvermögen allein oder ein sonstiges ihm zustehendes Dispositionsrecht geschmälert werden würde\*). In diesem Fall nämlich muß der Ehemann seine Einwilligung zum Geschäftsabschluß erteilen, die aber auch durch diesbezügliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden kann. In Art. 191 Abs. 1 ist ausgesprochen, daß die Ehefrau bei jedem Güterstande prozeßfähig sein soll, also auch bei eventueller Gütergemeinschaft. Verbindet man diese beiden Artikel mit einander, so wird sich daraus die Selbstständigkeit der Prozeßführung abseits der Ehefrau sogar in den Rechtsstreitigkeiten mit ihrem Manne mit ziemlicher Sicherheit ergeben. In allen diesen Fällen wird der Hinzuziehung eines Beistandes, der einem etwaigen Mangel der ehedrällichen Handlungsfähigkeit resp. Geschäftsfähigkeit Abhilfe schaffen, letztere also ergänzen sollte, nirgends gedacht. — Nur das Güterrecht der Ehegatten verschiebt die sonst durchgeführte Gleichheit der Handlungsfähigkeit der Ehegatten zu Ungunsten der Ehefrau, aber auch nur in maßvoller und durch das Weien der Ehe gebotenen Weise. Es seien hier der Kürze halber die einzelnen Punkte nur flüchtig angedeutet: der Ehemann ist Vertreter der ehelichen Gemeinschaft, als solchem gebühren ihm Nutznießung und Verwaltung des gesamten ehelichen Vermögens (Artt. 185, 228, 229 u. 230, 246), erstere allerdings nur beim Güterstande der Güterverbindung. Die Ehefrau hat kein allgemeines Verwaltungsrecht, ein solches steht ihr nur insoweit zu, als sie zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist, also bei allen auf Fürsorge für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes gerichteten Rechtsgeschäften (vgl. Artt. 186 Abs. 1, 228, 232, 246).

Die Annahme und Ausschlagung einer zugefallenen Erbschaft kann sie nur mit Zustimmung ihres Mannes, die im Weigerungsfalle vom Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann, erklären (Art. 232, Abs. 2

\*) Vgl. Art. 200, Abs. 2.

und 248). — Im Fall der Gütergemeinschaft unterliegt übrigens der Ehemann derselben Beschränkung (Art. 248 zit.). — Jedoch kann die Vertretungsberechtigung resp. -Fähigkeit der Ehefrau durch Einwilligung des Ehemannes jederzeit erweitert werden (Art. 189). Ueber Vermögenswerthe der Gemeinschaft, auch wenn sie zu ihrem Eingebachten gehören, kann sie daher nur mit Zustimmung des Mannes verfügen (Art. 232, Abs. 2). Der Ehemann dagegen kann über Vermögenswerthe des Gesamtgutes nach Belieben verfügen und nur hinsichtlich des eingebrachten Frauengutes bedarf er der ehedräulichen Einwilligung. Leben die Ehegatten im Güterstande der Gütergemeinschaft, so gilt hinsichtlich der Verfügungsbefugniß der Ehefrau über Vermögenswerthe des Gesamtgutes das Obengesagte, nur daß auch der Ehemann bei dertartigen Dispositionen an die Zustimmung der Ehefrau gebunden ist (Art. 247).

Nur in Bezug auf ein von ihr ausgeübtes Gewerbe oder einen Beruf dürfte die Ehefrau in ihrer Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniß wohl keinerlei Beschränkung unterliegen (Art. 190). — Allein wo auch immer ein Zurückdrängen der Ehefrau in ihrer Geschäftsfähigkeit resp. Dispositionsbefugniß stattfindet, nirgends findet sich eine Spur davon, daß dieser Mangel durch Beordnung eines Rathgebers oder Rathsfreundes gehoben werden könnte, eben weil der Ehemann selbst Berather und Beistand der Frau in allen Lebenslagen ist. — Und so läßt sich in Hinblick auf die Person der Ehefrau für den Schweizerischen Vorentwurf folgendes Prinzip aufstellen:

Die Geschäftsfähigkeit der Frau ist eine allgemeine und findet ihre Grenzen nur in den dem Ehemann nach dem jeweiligen Güterstande zustehenden Rechten, insbesondere der Verwaltung und Nutznießung. — Sie kann daher ohne den Mann jegliche Art von Rechtsgeschäften unter Lebenden und auf den Todesfall eingehen, ohne der ihre Handlungsfähigkeit etwa ergänzenden Hinzuziehung des Ehemannes oder gar eines Dritten als ihres Rathsfreundes zu bedürfen, ferner auch testieren, und nur im Falle der Güterverbindung darf sie nicht anders als mit Einwilligung des Ehemannes Erbschaften antreten oder ausschlagen. Allein sie hat jene Befugniß nur, insoweit es sich nicht um Verfügungen über Vermögenswerthe des Gesamtgutes oder auch ihres Eingebachten handelt, indem hier allemal Einwilligung des Ehemannes nöthig ist, um dem Rechtsgeschäft Bestand zu verleihen.

Was die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach dem Tode eines Ehegatten anbelangt, die je nach Vereinbarung zwischen dem parens superstes und den nachgebliebenen Kindern stattfinden kann (nicht muß), so steht die Frau dem Mann hierin vollkommen gleich, indem sie, so

wie der Mann, solange die fortgesetzte Gemeinschaft dauert, das Recht der Verwaltung und Vertretung der Gesamtmasse hat\*), ohne der Aufsicht oder Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, eines Vormundes oder auch nur eines Beirathes zu bedürfen. Nur zur Vereinbarung der Fortsetzung des Gemeinschaftsverhältnisses sowie zur Aufhebung des letzteren bedarf es bei unmündigen Kindern der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, an die übrigens auch der Ehemann gebunden ist\*\*). Hat aber die Wittwe die Vertretung und Verwaltung der Gesamtmasse, die ihr übrigens auf Grund diesbezüglicher von vornherein getroffener Vereinbarung mit den mündigen Kindern gleich wie dem Mann auch mangeln kann, so ist damit ihre volle Handlungs- und Geschäftsfähigkeit erwiesen. — Die Wittween sind also nach dem Vorentwurf in ihrer Handlungsfähigkeit auf eine Linie mit den Wittwern gestellt. —

Noch einen Schritt weiter in der rechtlichen Gleichstellung beider Geschlechter ist der „Entwurf eines Ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“ (1901) gegangen. Wenigstens kommt diese Gleichstellung klarer und prägnanter zum Ausdruck als nach dem vorhergehends erwähnten Entwurf und scheint jedenfalls den Topfsinstituten der Geschlechtskuratel und der Rathsfreundschaft endgültig den Rest zu geben. Im Uebrigen ist eine vielfache Uebereinstimmung mit dem Schweizerischen Entwurf zu konstatieren, denn nachdem in einigen der Einleitungsparagrafen jeder Mensch, der das volljährige Alter erreicht hat, für eigenberechtigt erklärt, der verheiratheten, aber noch minderjährigen Frau dagegen Volljährigkeit nebst der hieraus resultierenden Eigenberechtigung schon durch die Eheschließung verliehen wird (§§ 2, 4 und 6), enthält § 106 die auch schon aus dem Schweizerischen Entwurf bekannte charakteristische Bestimmung, daß die Ehegatten jegliches Rechtsgeschäft untereinander abschließen können, mit alleiniger Ausnahme eines solchen, das gegen das Wesen der Ehe verstößt. Nur bedarf es — worin die einzige, ebenso aber auch den Mann treffende Beschränkung liegt — in diesem Fall der notariellen Beurkundung des Rechtsgeschäfts, falls es sich nicht um die üblichen Gelegenheitsgeschenke handelt. Auch hier hätte es — muß man sagen — nahegelegen, der Ehefrau für diesen Fall einen männlichen Beirath oder Rathsfreund zur Seite zu stellen, der ad hoc gewählt dazu bestimmt gewesen wäre, das natürliche Uebergewicht des Mannes durch seine Mitwirkung auszugleichen sowie der imbecillitas der Frau thunlichst zu Hilfe zu kommen, und von dessen Mitwirkung gleichzeitig die formelle Gültigkeit des Rechtsgeschäfts hätte abhängig gemacht werden können. Dennoch aber geschieht eines solchen Rathsfreundes auch in diesem Fall keiner Erwähnung. Sind die ver-

\*) Art. 259.

\*\*) Artt. 257 und 260.

heiratheten Frauen aber nicht einmal in Fällen wie den eben genannten im dem selbstständigen Abschluß von Rechtsgeschäften beschränkt, so sind sie es offenbar noch viel weniger, wenn sie mit dritten Personen Rechtsgeschäfte eingehen. Umso verständlicher ist es aber bei einer solchen durchweg gleichen Behandlungsweise der beiderseitigen Ehegatten in Bezug auf die Selbstständigkeit im Abschluß von Rechtsgeschäften, daß Jungfrauen einer Beschränkung nach dieser Richtung hin noch weniger unterliegen können, denn bei jenen hätte man wenigstens auf die eheliche Mundialgewalt des Mannes hinweisen können, was bei diesen absolut unmöglich gewesen wäre. Und so ist denn auch thatsächlich eine Beschränkung unberehelichter Frauenspersonen in ihrer Handlungs-, Geschäfts- und Prozeßfähigkeit, sei es durch Beordnung eines Geschlechtskurators oder Rathsfreundes, sei es auf irgend eine andere Art auch in diesem Entwurf nirgends vorgesehen. — Was aber die Ehegatten anbetrifft, so kommt die Gleichheit ihrer beiderseitigen Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit insbesondere auch in den §§ 107 u. 108 zum Ausdruck. — Denn der erste dieser beiden §§ gewährt der Ehefrau ausdrücklich die freie Verfügung über ihr gesamtes in die Ehe gebrachtes Vermögen, soweit es nicht gerade zur Mitgift gehört und entzieht dementsprechend dem Manne die Verfügungs-, Verwaltungs-, oder sonstige Macht über das Frauengut, wodurch die Frau in dieser ihrer Selbstständigkeit irgendwie beschränkt werden könnte. Ja, das Gesetz geht sogar soweit, daß auch durch Vertrag dem Ehemann nach jener Richtung hin keinerlei die Frau beschränkende Befugnisse eingeräumt werden können. Der zweite § spricht den Grundsatz aus, daß die Frau, wenn sie dennoch ihrem Manne die Verwaltung ihres Vermögens ganz oder zum Theil überlassen hat, letztere je nach Belieben und wann sie will, wieder abnehmen kann. —

An dem gesammten, von den Ehegatten gemeinsam mit Hilfe des dem einen oder andern Gatten bereits gehörenden Gutes erworbenen Vermögen gehört jedem von ihnen, also auch der Frau die ideelle Hälfte (§§ 121 u. 150).

Zulässig ist die Regelung des Güterstandes durch Vertrag nur in den obenbezeichneten Grenzen d. h. ohne daß das Verfügungs- resp. Verwaltungsrecht der Frau irgendwie beschränkt wird. Innerhalb dieser Grenzen kann die allgemeine Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten durch Vertrag konstituiert werden, wobei dem dadurch geschaffenen Vertragsverhältniß die Rechtsbestimmungen über Miterwerb zu Grunde zu legen sind (§§ 181 u. 182). — Ebenso kann auch die Sonderguteigenschaft bestimmter Vermögenstheile vertraglich festgesetzt werden, wobei indeß zur Gültigkeit eines diesbezüglichen Vertrages stets eine Notariatsurkunde erforderlich ist (§ 125). — Diese Bestimmungen sind nur angeführt, um zu zeigen, daß in vermögensrechtlicher Hinsicht sowie in Bezug auf die Selbstständigkeit im rechtlichen Handeln eine unterschiedliche Behandlungsweise des Mannes und der Frau überall nicht stattfindet. Darnach wäre also die Frau befugt, ihr gehörendes

Vermögen mit Schulden zu belasten resp. zu veräußern, ohne daß zur Gültigkeit eines solchen Rechtsgeschäfts — und sei es auch, daß es mit dem Mann selbst abgeschlossen würde — der Beitritt des Ehemannes resp. eines besonderen Rathsfreundes obligatorisch ist. —

Auch in dem vermögensrechtlichen Verhältniß zu den Kindern stehen Mann und Frau im Wesentlichen einander ganz gleich. — Denn so wie die §§ 289 und 314 dem Vater das Recht und die Pflicht der Verwaltung des Kindesvermögens sowie das Recht der Nutznießung an demselben — beides für die Zeit der Minderjährigkeit des Kindes — einräumen — und zwar in ersterer Hinsicht auch nicht einmal unbeschränkt\*) — so gewährt § 326 der Mutter genau dasselbe Recht in den Fällen, wenn

1. der Vater gestorben oder für tot erklärt worden ist;
2. wenn er während der Ehe unter Vormundschaft oder Kuratel gestellt wurde;

3. wenn dem Vater wegen längere Zeit hindurch andauernder Unmöglichkeit, das Vermögen des Kindes zu verwalten, dieses Verwaltungsrecht durch die Vormundschaftsbehörde entzogen ist;

4. wenn der Vater auf Grund des § 280 oder des § 282 sein auf die Person bezüglicher elterlicher Recht verloren hat und die Mutter in Folge der Scheidung von Tisch und Bett oder der Auflösung der Ehe mit dem Vater nicht in ehelicher Lebensgemeinschaft ist. —

Nur in den Fällen des P. 2 und 3 erlangt der Vater mit Wegfall des Grundes auch seine Rechte wieder. — Nach § 329 aber stehen der Mutter resp. Wittwee hinsichtlich der Verwaltung und Nutznießung des Kindesvermögens ganz dieselben Rechte wie dem Vater zu, was daraus folgt, daß dieser § die in dieser Hinsicht für die väterliche Nutznießung und Verwaltung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung auf die Person der Mutter finden läßt. Und so sind es denn eigentlich auch nur zwei Fälle, in denen der Mutter resp. Wittwee seitens der Vormundschaftsbehörde ein Kurator zur Seite gestellt wird. Diese sind nach Maßgabe des Art. 330 gegeben, wenn der zur Benennung des Vormundes berechtigte Vater in der vorgeschriebenen Ordnung einen solchen Kurator benannt oder die Bestellung eines solchen direkt anbefohlen hat, sowie wenn die Mutter selbst die Bestellung eines solchen Kurators verlangt, wobei in letzterem Fall die Vormundschaftsbehörde die von der Mutter ad hoc namhaftgemachte Person zum Kurator ernennen muß, sich also keineswegs über die von der Mutter nach dieser Richtung hin verlaublichen Wünsche hinwegsetzen darf. —

Wiewohl nun diesem Kurator — der sowohl für alle als auch nur für gewisse Angelegenheiten des Kindes bestellt werden kann — auf Ansuchen

\*) Vgl. § 303.

der Mutter sogar die selbstständige Verwaltung des ganzen Kindesvermögens oder nur eines Theiles desselben übertragen werden kann, und obwohl ihm ferner die Pflicht, der Mutter im Bereich seines Kompetenzkreises zur Seite zu stehen sowie die unausbleiblich damit verbundene Kontrolle der mütterlichen Handlungen auszuüben zufällt\*), so darf dabei doch nicht vergessen werden, daß auch der Vater in der Verwaltung des Kindesvermögens keineswegs unbeschränkt dasteht, sondern vielmehr — wie schon aus § 303 ersichtlich ist — in vielfacher Hinsicht einer Genehmigung seiner Verwaltungshandlungen seitens der Vormundschaftsbehörde unterliegt\*\*). Ja, unter Umständen verliert er sogar ganz diese Verwaltung\*\*\*). Daran aber muß man auch hier festhalten, daß der der Mutter unter Umständen beizuordnende Kurator eben auch die rechtliche Stellung eines solchen d. h. gewissermaßen eines Mitvormundes, nicht dagegen eines bloßen Rathsfreundes oder Beirathes einnimmt, der auch dem Ungarischen Entwurf gänzlich fremd ist. Hinsichtlich ihres eigenen Vermögens aber ist die Frau genau ebenso selbstständig und zur Vornahme jeglicher Rechtshandlungen ohne Zuziehung eines Rathsfreundes oder gar Mitvormundes berechtigt wie der Mann und auch in Beziehung auf die vorhin behandelte Verwaltung des Kindesvermögens ist die ihr auferlegte Beschränkung — wenn wir von der väterlicherseits erfolgenden Anordnung des Kurators absehen — doch nur eine Selbstbeschränkung, kommt also als solche nicht eigentlich im Sinn einer Ausnahme von der sonst regelmäßig stattfindenden Selbstständigkeit in der Verwaltung des Kindesvermögens in Betracht. —

Was das allgemeine Russische Reichszivilrecht (Bd. X. Св. зак.) anbelangt, so findet sich hier die rechtliche Gleichstellung beider Geschlechter, insbesondere auch hinsichtlich ihrer Handlungs- und Geschäftsfähigkeit auf breiter Grundlage durchgeführt, was mit der sonst recht veralteten Anlage dieses Gesetzbuches seltsam kontrastiert, sich aber aus dem gänzlich anders gearteten Verlauf, den die soziale, politische und kulturelle Entwicklung des Russischen Volkes genommen hat und der für die Entwicklung der Geschlechterkuratel sowie des ehemannlichen Mundiums des deutschen Rechts schlechterdings keinen Raum hatte, genugsam erklären läßt. — Demnach ist für das Russische Privatrecht weder ein gradueßer, noch ein sonstiger Unterschied in der Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der Frauenspersonen zu konstatieren†) und dementsprechend auch nirgends von einer obli-

\*) Vgl. § 331.

\*\*) Vgl. § 289 ff.

\*\*\*) Vgl. §§ 280, 282 und 288 B. 2. —

†) Cfr. Mag. jur. Th. v. Bunge: „Der baltische Zivilprozeß nach der Justizreform vom Jahre 1889, systematisch dargestellt,“ Bd. I, (1890) § 33, S. 211.

gatorischen Ergänzung der Handlungsfähigkeit verheiratheter oder unverheiratheter Personen weiblichen Geschlechts durch Hinzuziehung des Ehemannes, eines Geschlechtsvormundes oder auch nur eines Rathsfreundes die Rede, der etwa allen oder nur gewissen Rechtsgeschäften hätte beitreten resp. seine Einwilligung dazu hätte geben müssen, um überhaupt Gültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zu erwirken. Es kann vielmehr die Frau oder Jungfrau ganz auf derselben Grundlage und im selben Umfange wie der Mann alle möglichen erlaubten Rechtsgeschäfte mit voller Rechtswirksamkeit abschließen\*). Nur hinsichtlich der Ehefrauen finden sich zwei im Gesetz vorgesehene Beschränkungen: erstens nämlich dürfen Frauen ohne Einwilligung ihrer Ehemänner keine Wechsel ausstellen, ihnen mangelt also insoweit die volle Wechselfähigkeit\*\*), und zweitens dürfen Frauen ohne Einwilligung ihrer Ehemänner keinen persönlichen Dienstvertrag abschließen, durch den sie sich in irgend einer Hinsicht verdingen\*\*\*), wobei erstere Bestimmung sich auch auf diejenigen unverheiratheten Personen weiblichen Geschlechts bezieht, die von ihren Eltern noch nicht abgefunden worden sind†). —

Abgesehen hiervon kann auch die verheirathete Frau mit ihrem Vermögen nach Belieben schalten und walten ganz so wie der Mann mit dem seinigen, also auch Immobilien verkaufen, verpfänden etc., ohne daß es hierzu einer Einwilligung des Ehemannes oder Hinzuziehung eines eventuellen Mitvormundes oder Rathsfreundes bedürfte, was damit zusammenhängt, daß dem X. Bande eine Gütergemeinschaft resp. eine vormundschaftliche Verwaltung des Frauenvermögens durch den Ehemann unbekannt sind und eine gegenseitige oder einseitige Schuldenhaftung nicht stattfindet††). Eben deshalb ist den Ehegatten auch gestattet, unter einander Rechtsgeschäfte jeder Art ohne Ausnahme abzuschließen, ohne daß die Frau der Hinzuziehung eines Rathsfreundes etc. bedürfte†††). —

Wir gelangen jetzt zum baltischen Privatrecht, wobei es jedoch unerläßlich ist, einen kurzen historischen Ueberblick über die Entwicklung der Geschlechtsvormundschaft in den Ostseeprovinzen von der ältesten Zeit an bis zur Jetztzeit voranzuschicken. —

\*) Vgl. besonders Шершеневичъ: „Учебникъ русскаго гражданскаго права“ (1901) S. 94. —

\*\*) Vgl. Art. 2 der neuen Russ. Wechselordnung, dazu Шершеневичъ l. c. S. 94.

\*\*\*). Vgl. Art. 2202 des Bd. X des Civ. zak., der jedoch von Шершеневичъ l. c. gewiß mit Recht dahin ausgelegt wird, daß ein solcher Vertrag die Frau selbst wenigstens solange bindet, als der Ehemann von dem ihm zustehenden Recht, den Vertrag für nichtig zu erklären, noch nicht Gebrauch gemacht hat. —

†) Vgl. Art. 2 der B. D. —

††) Vgl. Artt. 109, 112 u. 114 des Bd. X des Civ. zak., Шершеневичъ l. c.

†††) Vgl. Artt. 116 u. 117 Bd. X des Civ. zak. — Der neue Russ. Zivilgesetzentwurf stand mir leider nur unvollständig zur Verfügung, daher ich auf denselben in diesem Aufsatz auch nicht eingehen konnte. —

Angeichts der Thatsache, daß die Besiedelung und Kolonisation der baltischen Lande von Deutschland her und durch Deutsche erfolgte, konnte es nicht fehlen, daß die Entwicklung des Privatrechts hier keine wesentlich andere sein konnte als in Deutschland. Es ist daher etwas ganz Natürliches, daß wir dem Institut der Geschlechtvormundschaft schon in den ältesten provinziellen Rechtsquellen begegnen. Und so galt für die Periode der bischöflichen und Ordenszeit zunächst nach Landrecht der unumstößliche Grundsatz, daß das weibliche Geschlecht einer beständigen, immerwährenden und nothwendigen Vormundschaft gleich den Unmündigen unterworfen war, in seiner Handlungsunfähigkeit also ganz den Unmündigen gleichkam\*). Diese Gleichstellung der Personen weiblichen Geschlechts mit den Unmündigen ergibt sich schon aus den Bestimmungen des ältesten provinziellen Rechts über die Vormundschaft, in denen eines Mündigkeitstermins für das weibliche Geschlecht überhaupt nicht gedacht wird\*\*). Ja, das Lübisches Stadtrecht spricht es geradezu direkt aus, daß eine Jungfrau nie „selbstmündig“ werde\*\*\*). —

Sehr deutlich wird die Geschlechtvormundschaft in § 4 pr. des Waldemar-Grichschen Rechts ausgesprochen, wo es heißt:

„So wehr Vormünder is tho Fruen edder Kinder, de sall se und er Guht vorstan und an er Rut lehren und eeren Herrr Deenst plegen“ . . .

Daraus, daß in den ältesten Quellen immer nur von einem Vormunde die Rede ist, erhellt, daß die Stellung des letzteren nicht die eines bloßen Rathsfreundes, sondern eines richtigen Vormundes war, der dazu bestimmt war, die dem weiblichen Geschlecht mangelnde Handlungsfähigkeit durch seinen Eintritt zu ersetzen und zwar nicht nur in Vermögens- sowie überhaupt in allen unstreitigen Angelegenheiten, sondern insbesondere auch in der Vornahme gerichtlicher und prozessualer Handlungen. Dieser sogenannten „kriegerischen Vormundschaft“ oder „Kriegsvogtei“ begegnen wir auch in Kap. XLII des Mittl. Biol. Mitt. R., wo es am Schluß heißt:

„Megebe, unde wiue mögen vormünder hebben, an welder Klage, vñ dat men se nicht wert huegen en mach, dat se vor gerichte spreket, edder deit.“

Von der sonstigen Vormundschaft handelt dieses Mittl. Biol. Mitt. R. in Kap. XLIX:

„We vormünder is frouwen, edder kindern, de schal se unde er gudt

\*) Vgl. Ruppfer l. c. S. 247, Berd „Ueber das Bremische Güterrecht der Ehegatten“, (1832), § 20, Note 197, S. 202 f., Biol. Mitt. R. Kap. 42 u. 49. —

\*\*) Vgl. die offizielle Geschichte des ostseeprovinziellen Privatrechts (fortab zitiert mit „Off. Gesch.“) § 20, S. 29 u. § 23, S. 33.

\*\*\*). Vgl. Off. Gesch. S. 30., Ruppfer l. c. S.



vorstan vnde er gubt in erem münnen kere, vnde schal wem heren denstet plegen, vnde . . .“

Bei verheiratheten Frauen vertrat die Stelle des Vormundes der Ehemann, der als natürlicher Vormund derselben ihre Geschäfte führt, ihr Vermögen verwaltet, für sie Rechtshandlungen vornimmt, vor Gericht auftritt und sie überhaupt kraft seiner ehemännlichen Mundialgewalt in allen ihren Angelegenheiten vertritt\*) (Mittl. Bibl. Ritt. R. Kap. 42). So dürfen sie namentlich nichts von ihrem Vermögen ohne ihres Mannes Einwilligung veräußern, insbesondere auch nicht ihr Leibgedinge\*\*). Dann aber bestimmt das zitierte Kap. 175 des Mittl. Bibl. R. R. ganz allgemein für das ganze weibliche Geschlecht ohne Unterschied, daß Frauenspersonen ohne Vormünder weder Fürsprecher bei Gericht sein, noch überhaupt vor Gericht klagen und auftreten durften\*\*\*).

Aber bald schon begannen sich die der Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechts gezogenen Schranken ein wenig zu lüften, indem, offenbar unter dem Einflusse stadtrechtlicher, von den Grundsätzen des römischen Rechts durchzogener Rechtsanschauungen unverheiratheten Frauenspersonen und Wittweeen nach Landrecht wenigstens gewisse Veräußerungen auch ohne Mitwirkung ihrer Vormünder vorzunehmen gestattet wurde. So ist ihnen die Veräußerung ihres Leibgedinges freigegeben und bedürfen sie hierzu, wie das eben zitierte Kap. XLII beweist, keiner Genehmigung oder Mitwirkung ihrer Vormünder†). Allein aus eben dieser Stelle und dem vorhergehenden Kap. XLI läßt sich wieder mit Sicherheit schließen, daß die vormundschaftliche Mitwirkung bei jeder anderen, nicht das Leibgedinge betreffenden Veräußerung und noch mehr bei Vornahme gerichtlicher Handlungen obligatorisch gewesen sein muß, denn besagtes Kap. XLI des Mittl. Bib. Ritt. R. setzt eine solche allgemeine Bevormundung der Jungfrauen (und Wittweeen) ausdrücklich voraus, wenn es sagt:

„Maget ein maget, edder wedewe, edder ein Pape, auer ere vörmünder, dat se an erem gude vnde an eren saken nicht vörstentlic sje, alse se von recht den scholde, vnde mögen se dat bewisen, werden se deme vor gericht geladen, vnde en kamen se nicht, so schal man se vordelen, aller guder lüde vörmündtichopp.“ —

\*) Vgl. Carl von Begeack: „Die Vermögens-Verhältnisse der Ehefrauen und Wittwen nach dem livländischen Adelsrechte bis zum Ende des 15. Jahrhunderts“ (Berlin, 1846) S. 23.

\*\*) Vgl. v. Begeack l. c. S. 26.

\*\*\*) Vgl. Bunge in Abhandlung I zitierte Schrift über das römische Recht etc. S. 10, Berck, l. c. S. 202 ff. —

†) Off. Besch. § 23 S. 33.

Auch das Rigische Stadtrecht beschränkt die Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechts noch immer recht bedeutend, wiewohl sich hier bereits Einflüsse der erwähnten, durch das römische Recht bedingten freieren Behandlung zeigen. So erscheint nach Rigischem Stadtrecht der Vormund der Wittwe oder Jungfrau wenigstens nominell als Rathgeber, allein allerdings als obligatorischer Rathgeber, dessen Rath in allen wichtigen Angelegenheiten eingeholt werden muß\*). Diese obligatorische Hinzuziehung des Vormundes resp. Einholung seines Rathes in allen Angelegenheiten ist in den einschlägigen Stellen des Rig. Stadtrechts (s. die Note) allerdings nicht direkt ausgedrückt, läßt sich aber aus Th. VI Kap. 1 immerhin ableiten. Denn in dieser Stelle wird es den Jungfrauen zur Pflicht gemacht, nicht ohne Rath ihrer Vormünder zu heirathen\*\*). Nun wird es aber doch außer der Eheschließung noch eine ganze Reihe anderer, ebenso wichtiger, wenn nicht noch viel wichtigerer Rechtshandlungen, wie namentlich vermögensrechtliche Verfügungen gegeben haben, deren Vornahme ohne Assistenz oder Befragung des Vormundes gewiß ebensowenig statthaft war. Andererseits läßt sich aber auch aus diesen Quellen — worauf besonders Mü t h e l\*\*\*) hinweist — die Schlußfolgerung ziehen, daß es sich hierbei nicht um eine bloße, etwa auf die Vermögensverwaltung gerichtete cura, sondern um eine wirkliche, gerade auch die persönliche Dispositionsfreiheit der Jungfrauen beschränkende Tutel, also eine wahre Vormundschaft handelte. — Mag man aber auch in der Behandlungsweise, welche die Geschlechtsvormundschaft in dem Rigischen Stadtrecht der bischöflichen und Ordensperiode erfährt, die ersten Anfänge des heutigen Instituts der „Rathsfreundschaft“ sehen, so darf man doch nicht vergessen, daß die eigentliche rechtliche Stellung des Geschlechtsvormundes auch im Rigischen Stadtrecht die eines wirklichen Vormundes war, der eben stets hinzugezogen werden mußte und dessen Nichtzustimmung zu dem in casu vorgenommenen Rechtsgeschäft letzteres wohl wahrscheinlich zu einem nichtigen gemacht haben wird. — Wenigstens erkennt sogar noch die spätere stadtrechtliche Praxis die Geschlechtsvormundschaft allgemein an, ohne sie auf die kriegerische Vormundschaft zu beschränken, und nur die Kauffrauen waren überall ganz selbstständig (Vgl. Berdt, l. c. § 7, Note 59, S. 54, v. Martitz: „Das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsquellen“ (1868) § 28, S. 307 ff.). — Was aber die kriegerische Vormundschaft anbetrifft, so standen sich auch gegen Ende der bischöflichen und Ordens-

\*) Vgl. Off. Gesch. des Priv. Rs u. die das. angeff. Quellenstellen. —

\*\*) Vgl. Off. Gesch. S. 34, Sylvesters Gnade v. J. 1457 §§ 3 u. 4. —

\*\*\*) Vgl. dessen Aufsatz: „Die Geschlechtsvormundschaft nach Livländischem Recht“ in Bd. I (1834) S. 192 der „Theoretisch-praktischen Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Kurland geltenden Rechten“. —

periode, ja sogar noch in der Schwedischen Zeit Stadt- und Landrecht einander vollständig gleich und verlangten dieselbe für alle von Personen weiblichen Geschlechts vorgenommenen gerichtlichen Handlungen \*) ohne Ausnahme, so auch insbesondere für die Auflassung. Nur die Eidesleistung mag von Personen weiblichen Geschlechts sowohl nach Land- als auch nach Stadtrecht stets persönlich geleistet worden sein. — Das Vorhingesagte stimmt auch mit dem Schwabenspiegel überein, wo es 313, 4—11 heißt:

„Maget nnd weybe müffent vor gericht und in heghlicher Klage mitte recht ir vormunde bey in haben, oder sy soll der der richter nicht hören. Undd hatt sy eynen eeman der in dem lande ist, der sol es thun. Und ist er in dem lande nicht, so sol sey ir eynen nemen vor dem richter, der sol seyn ires wirttes mage, oder irer selbst mage. Wann es den frawen zu er eynde kommt, den sollen sey selbe thun, nicht ir vormunde.“

Der Auflassung geschieht Erwähnung in den Hamburger Statuten III 6, 21:

„Die Frauen können keine Sachen fördern für Gericht, noch Gut auflassen oder geben ohne Vormund“ . . .

Überblicken wir somit den Lauf der Entwicklung, den das Institut der Geschlechtsvormundschaft in der bischöflichen und Ordensperiode genommen hat, so ergibt sich:

1) daß die kriegerische Vormundschaft sich überall nach Stadt- und Landrecht im unvermindertem Maße erhalten hat und

2) daß die sonstige Geschlechtsvormundschaft nur im Rigischen Stadtrecht eine etwas freiere Behandlung erfährt, die sich aber auch nur auf die Vornahme einiger bestimmt angegebener Rathsgeschäfte bezieht und weit entfernt davon, einen allgemeinen Charakter anzunehmen, noch immer eine wahre Vormundschaft ist. —

Von einer bloß fakultativen Hinzuziehung eines Beirathes oder Rathsfreundes für Jungfrauen, Frauen und Wittween bei Vornahme irgendwelcher Rechtsgeschäfte ist in dieser Periode natürlich noch gar keine Rede und nur das Rigische Stadtrecht zeigt insofern gewisse Ansätze einer beginnenden Abschwächung der Geschlechtsvormundschaft, als in den vorhin zitierten Stellen die Vormünder gewissermaßen angewiesen werden, den Jungfrauen und Wittween in allen wichtigen Angelegenheiten mit ihrem Rath beizustehen, woraus aber, wie schon angedeutet wurde, keineswegs gefolgert werden darf, daß mit dieser Raththeilung die Obliegenheiten dieser Vormünder sich erschöpft hätten und ihre Mitwirkung beim formellen Abschluß der Rechtsgeschäfte nicht obligatorisch gewesen wäre. —

\*) Derselbe Grundsatz galt namentlich seit jeher für das sächsische Recht, vgl namentlich v. Engelhard I. c., § 24, S. 24, Krant, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 68, S. 268 u. S. 272 ff., Martitz, I. c. S. 308 ff. —

Die Schwedische Periode in Liv- und Esthland hat das Institut der Geschlechtsvormundschaft unberührt gelassen und so wiederholen denn auch die Rechtsquellen dieser Zeit die in den Quellen der bischöflichen Ordensperiode ausgesprochenen Grundsätze, so zunächst das Esthländische Ritter- und Landrecht B. II, 8, Art. 2:

„Demnach sollen Vormünde und Besorger gegeben werden unmündigen Kindern, Jungfrauen, sinnlosen Menschen, und denen, die Verbringer sind ihrer Güter. Diese Personen sehen nicht mächtig, selber zu Rechte zu stehen, oder jemand mit Rechte zu besprechen, zu verkaufen, zu kaufen, noch auf einzige Weise ihre Güter selber zu verwalten, besondern was also ohne Vormünder und Kuratoren von ihnen geschieht, oder gethan wird, dasselbe wird zu Rechte unkräftig gehalten...“

Ferner die Schwed. Testamentsstadga v. J. 1686, § VII, B. 2:

„Mannebahre Jungfrau aber, die zum guten Verstande gekommen, und sich zu bescheiden wissen, und etwas erwerben oder ersparen können, ob sie gleich unter der Vormundschaft stehen, mögen dennoch ihr Testament machen über das, was ihnen zugehörig, und nach den Rechten, sampt dieser Verordnung zulässig ist...“ —

Auch das Lübsche Stadtrecht hielt an der Nichtigkeit der von einem Frauenzimmer ohne Mitwirkung des Geschlechtsvormundes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte fest und dasselbe that während dieser Periode die Praxis des Rigischen Stadtrechts\*). Ebenso blieb auch hinsichtlich der kriegerischen Vormundschaft in dieser Periode — wie zum Theil aus den angeführten Quellen hervorgeht, — Alles beim Alten und waren demnach Personen weiblichen Geschlechts zur Vornahme gerichtlicher Handlungen ohne Hinzuziehung des Geschlechtsvormundes nicht berechtigt\*\*).

Somit bestand die einzige Veränderung, die mit der Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts in dieser Periode vor sich ging — wenn wir von der schon früher üblichgewesenen freien Veräußerung des Leibgedinges absehen — in dem Zugeständniß des freien Testamentsrechts, wie es in für das Landrecht in der zitierten Stelle der Testamentsstadga angeordnet wird. —

In Kurland haben bezüglich der Geschlechtsvormundschaft in der ersten Zeit seiner Abtrennung von den Ordenslanden ganz dieselben Grund-

\*) Vgl. Off. Gesch. § 106, S. 145 und die daselbst angeff. Quellenstellen, der zu Bunge: „Das liv- und esthländische Priv. R.“, B. I, (1847), § 43, S. 80. Zum Theil anderer Ansicht Kupffer, I. c., S. 247 ff.

\*\*) Vgl. Bunge I. c., Kupffer I. c. — Für das sächsische Recht, vgl. namentlich Martiz, I. c. S. 309 f. —

sätze gegolten. Zwar spricht auch hier die Hauptquelle, nämlich die Kurländischen Statuten nur von der Vormundung des weiblichen Geschlechts bei Vornahme gerichtlicher Handlungen:

Kurl. Stat. § 14:

„Mulieres, pupilli et minorennes sine curatore\*) a judiciis abstineant, sub poena nullitatis, quin et non petentibus curatores ad litem ex officio dabuntur.“

Allein da unzweifelhaft die Grundsätze des Liv- und Estländischen Land- und Stadtrechts wenigstens in der ersten Zeit der herzoglichen Periode Kurlands in subsidio sowohl in den Städten als auch auf dem Lande\*\*) im Gebrauch gewesen sein mögen, so ist anzunehmen, daß auch zur Abschließung außergerichtlicher Rechtsgeschäfte bei Frauenzimmern die Zuziehung eines Assistenten mit den Befugnissen eines Vormundes verlangt worden ist. Wenigstens bezeugt Bunge in der von ihm herrührenden offiziellen Geschichte des ostseeprovinziellen Privatrechts S. 183 und in seinem kurländischen Privatrecht § 31 S. 44, daß die Praxis jener Zeit für eine ausdehnende Erläuterung des § 14 zit. der Kurländischen Statuten in dem angegebenen Sinn gewesen ist. — Auch die Polizeiordnungen von Bauske und Friedrichstadt sprechen es indirekt aus, daß alle Personen weiblichen Geschlechts stets unmündig und daher auch einer immerwährenden Vormundschaft bedürftig seien\*\*\*). Jedoch mochte sich schon in der späteren herzoglichen Periode der Grundsatz ausgebildet haben, daß unverheirathete Personen weiblichen Geschlechts und Wittween wenigstens in Bezug auf die gewöhnliche Vermögensverwaltung eines Vormundes nicht bedurften, sowie überhaupt, daß die Hinzuziehung eines Geschlechtsvormundes zur Vornahme gerichtlicher Handlungen oder zum Abschluß von Rechtsgeschäften in der Folge mehr eine von Fall zu Fall stattfindende war, die als belanglos wegfiel, sobald eine in den Kreis der reinen Vermögensverwaltung fallende Handlung in Frage kam. Eine weitere Abschwächung des geschlechtsvormundschaftlichen Prinzips war es, daß Jungfrauen oder Wittween sich ihren Vormund oder Assistenten selbst wählen oder erbitten konnten, ohne daß der in casu gewählte oder erbetene noch einer besondern obrigkeitlichen Bestätigung

---

\*) Die Bezeichnung „Kurator“ darf nicht irre machen und etwa zur Annahme verleiten, es habe sich hier nicht um einen „Vormund“ im eigentlichen Sinn, sondern nur um einen Kurator resp. Prozeßkurator (curator ad litem) gehandelt, denn die rechtliche Stellung, die einzelnen Befugnisse und Pflichten dieses Kurators waren eben im Uebrigen die eines Vormundes. —

\*\*) Vgl. Bunge: „Einleitung in die Liv-, est- und kurländische Rechtsgeschichte und Geschichte der Rechtsquellen“ (1849) § 95, S. 257. —

\*\*\*) Vgl. Bunge: Kurl. Priv. R., § 31, S. 45, Note b in fin. —

bedurfte\*). Nur mit den Ehefrauen war das anders. Für diese nämlich war der Ehemann der immerwährende, gesetzliche Vormund und blieb es auch in der Folge, als späterhin, unter russischer Herrschaft die definitive Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft über unverheirathete Frauenpersonen und Wittween erfolgte. War aber auch die rechtliche Stellung der Ehefrauen in Kurland — soweit insbesondere ihre Handlungsfähigkeit und Dispositionsberechtigung in Frage kamen — eine abhängigere und eingengtere, als die der Jungfrauen und Wittween, so war sie im Vergleich zum Liv- und Estländischen Recht dennoch eine freiere und dies mochte wiederum seinen tiefern Grund darin haben, daß das gemeine Recht in Kurland einen leichteren Eingang fand, als in Liv- und Estland, wo einer durchgreifenden Rezeption desselben das stärkere Eindringen fremdrechtlicher Elemente und zwar insbesondere des Schwedischen Rechts hinderlich war, während in Kurland das Polnische Recht so gut wie gar keinen nennenswerthen Einfluß auf die privatrechtliche Entwicklung ausübte\*\*). Dem gemeinen Recht aber ist eine allgemeine Bevormundung des weiblichen Geschlechts überhaupt fremd. — Es ist nun — um wieder auf Liv- und Estland zurückzukommen — überaus wahrscheinlich, daß die im Vorhergehenden geschilderte Geschlechtsvormundschaft über Jungfrauen und Wittween und die dadurch bedingte Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit in dem Maße eine Abschwächung erfahren haben und schließlich ins Wanken gekommen sein mögen, als sich der nivellierende und abbröckelnde Einfluß des gemeinen Rechts fühlbar machte, das seit jeher für eine prinzipielle Gleichstellung des männlichen und weiblichen Geschlechts hinsichtlich der Handlungsfähigkeit war und das nicht zusehen konnte, wie Personen weiblichen Geschlechts, auch nachdem sie volljährig geworden waren, den Unmündigen gleich behandelt werden sollten. Naturgemäß zeigte sich das zuerst in den Stadtrechten Riga's und Reval's, und die erste und früheste Ausdrucksform hierfür war die schon erwähnte bevorzugte Stellung der sogenannten *Kauffrau* (Vgl. hierzu Bunge: Das liv- u. esthl. Priv. R. Bd. I, S. 522 u. Bd. II, S. 108, 127,

\*) Vgl. Off. Gesch. des prov. Priv. R., S. 183.

\*\*) Vgl. Bunge: Einleitung § 90, S. 244 f. — Das leichtere Einbringen des römischen Rechts wurde besonders dadurch gefördert, daß viele Kurländer der damaligen Zeit dem Studium der Jurisprudenz auf deutschen Universitäten oblagen, wo damals das gemeine Recht in der Blüthe stand, und so die von ihnen aufgenommenen gemeinrechtlichen Rechtsanschauungen bei ihrer Rückkehr nach Kurland hierher verpflanzten, sowie besonders auch durch die Gründung eines Gymnasiums in Mitau unter Herzog Peter mit einer juristischen Fakultät, woselbst besonders römisches und gemeines Recht vorgetragen wurde, vgl. besonders Bunge, Einl. § 96, S. 260 u. D. Schmidt: „Rechtsgeschichte Liv-, Esth- und Kurlands“, aus dem Nachlasse des Verfassers herausgegeben von Dr. Eugen von Rottbed in Bd. III, Heft 2 und 3 der Dorpater Juristischen Studien (1894) § 101 S. 294 f. —

130 u. 428, Pauli, l. c. Bd. II § 15, S. 56 ff.). — Aber auch die Landrechte vermochten sich dem Einflusse gemeinrechtlicher Anschauungen auf die Dauer nicht zu erwehren und so wird sich denn auch die Strenge der Geschlechtsvormundschaft immer mehr und mehr gelockert haben. Immerhin ist es aber wahrscheinlich, daß sich noch unter russischer Herrschaft in Liv- und Esthland nicht unbedeutende Reste dieser allgemeinen Geschlechtsvormundschaft über Jungfrauen und Wittween erhalten haben werden. Welches aber im Einzelnen die rechtliche Stellung dieses Geschlechtsvormundes war, worin der Kreis seiner Rechte und Pflichten bestand, welches die Folgen des selbstständigen Abschlusses von Rechtsgeschäften seitens der Personen weiblichen Geschlechts waren, vor Allem aber, wann und in welchem Maße jene dem weiblichen Geschlecht bezüglich seiner Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit gesetzten Schranken sich zu lockern begannen, ob und inwiefern nicht auch Ehefrauen, wenn sie mit ihren Ehemännern kontrahierten, der Mitwirkung eines Vormundes resp. Beirathes bedurften, sowie endlich wie sich der Uebergang der Vormundschaft in eine bloße Rathsfreundschaft vollzog, darüber liegen uns keine sichern historischen Zeugnisse vor und so ist man in dieser Beziehung auf bloße Vermuthungen hingewiesen. — Diese aber führen, wie gesagt, zur Annahme, daß schon in der Schwedischen und mehr noch in der Russischen Herrschaft die Hinzuziehung eines Geschlechtsvormundes beim Abschluß von Rechtsgeschäften seitens lediger Frauenpersonen allmählich nicht mehr oder wenigstens in den meisten Fällen nicht mehr gefordert wurde sowie daß volljährige Jungfrauen in ihrer Vermögensverwaltung nicht beschränkter als die Personen männlichen Geschlechts waren. — Und hielt gleich die Theorie an den strengen Grundätzen des geschriebenen Rechts fest, so stand ihr doch eine geschlossene Praxis gegenüber, die angesichts der Spärlichkeit und Unvollständigkeit der geschriebenen Quellen und dank dem erwähnten Einfluß des römischen Rechts, namentlich in den Städten, wo Rigisthes Stadtrecht herrschte, naturgemäß an Boden gewinnen mußte, und zwar umsomehr, als in dem sich rasch entwickelnden praktischen Rechtsverkehr und Rechtsleben, welche die in den alten geschriebenen Rechtsquellen niedergelegten Grundsätze nothwendig überholen mußten, das Lästige der den unverheiratheten Frauenpersonen in Gestalt der Geschlechtsvormundschaft auferlegten Fesseln oft genug drückend empfunden worden sein mag. — Was war daher natürlicher, als daß man den Abschluß gewöhnlicher, weniger wichtiger Rechtsgeschäfte jedem Einzelnen ohne Ansehung seines Geschlechts freigab und die Mitwirkung des Geschlechtsvormundes nur bei Vornahme gerichtlicher Handlungen und Veräußerungen von Immobilien erforderte, andererseits aber auch den Geschlechtsvormund selbst dort, wo man dessen Zuziehung — ausgenommen bei Vornahme gerichtlicher Handlungen — verlangte, mehr und mehr einem bloßen Rathgeber näherte, dessen Verantwortlichkeit sich in den zivilrechtlichen Folgen der Raththeilung äußerte.

und der von der lebigen Frauensperson in casu concreto hinzugezogen werden konnte, aber nicht hinzugezogen zu werden brauchte. — Ob indeß eine solche Praxis allgemein und widerspruchslös gewesen ist, läßt sich angesichts des verschiedenen Entwicklungsganges, den die einzelnen Statutarrechte im Großen und Ganzen immerhin nahmen, nicht ohne Grund bezweifeln und dieses, nämlich die Unsicherheit und Schwankungen, denen die Rechtsausübung in dieser Hinsicht ausgesetzt war, mag vielleicht der Hauptgrund, die Hauptveranlassung für die Ausdehnung des berühmten Senatsukases v. 22. Dez. 1785 auf Liv- und Esthland gewesen sein. — Derselbe bestimmte nämlich Folgendes:

1. Jeder Minderjährige hat das Recht, sich nach vollendetem 14. Lebensjahre einen Kurator mit den Eigenschaften eines Vormundes zum Rath und Beistand in allen Sachen zu erbitten.

2. Nach Vollendung ihres 17. Lebensjahres treten Minderjährige in die Volljährigkeit und in die Verwaltung ihres Vermögens, allein die Veräußerung und Verpfändung ihres unbeweglichen Vermögens ist ihnen vor Erreichung des 21. Lebensjahres ohne Einwilligung und Mitunterschrift ihrer Vormünder untersagt.

3. Diese Vorschrift soll für beide Geschlechter gelten \*). —

Ueber diesen Ukas ist, weil er die Grundlage unseres heutigen Rechtszustandes hinsichtlich der Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechts bildet, an dieser Stelle genauer zu handeln. —

Im Allgemeinen läßt sich nun nach dieser Richtung hin allerdings der Satz aufstellen, daß die immerwährende nothwendige Vormundschaft über das weibliche Geschlecht — scil. soweit es sich um Jungfrauen und Wittween handelt — durch jenen Ukas endgültig beseitigt worden ist. Das wird auch in der Theorie ziemlich unumwunden anerkannt\*\*), wenngleich noch neuerdings Kupffer l. c. S. 255 fl. eine Abänderung resp. Aufhebung der früheren Rechtsgrundsätze über die Geschlechtskuratel und insbesondere auch die kriegerische Vormundschaft durch den gedachten Senatsukas, allein gewiß ohne zureichende Begründung, leugnet, ja, geradezu behauptet, daß die rechtlichen Grundsätze über die eheliche Vormundschaft und Geschlechtskuratel durch den in Rede stehenden Senatsukas in keiner Weise abgeändert worden seien. —

Betreffs der ehelichen Vormundschaft ist das allerdings zuzugeben. Diese wird durch den gedachten Senatsukas freilich nicht tangiert. Vielmehr wurde jetzt wie auch nach früherem Recht die in die Ehe tretende Frau

---

\*) Vgl. Kupffer l. c. S. 254 f.

\*\*) Vgl. Off. Gesch. S. 217, Müthel l. c. S. 193 ff., Bunge: Liv- u. esthl. Priv. R. Bd. I, § 44, S. 80 ff. u. Bd. II, § 334, S. 334, Note 9, Erdmann: System Bd. I, S. 83, Gürgens: „Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft nach livländischem Stadtrecht“, (Riga, 1898), § 44, S. 145 u. wohl auch § 26, S. 91, Note 1. •



der vielfach strengen Vormundschaft ihres Ehegatten unterworfen \*). Dagegen ist diese Ansicht für die Fälle der eigentlichen Geschlechtskuratel entschieden zu verwerfen, insofern diese jetzt in der That aufgehoben wurde.

Allein die Praxis der damaligen Zeit erkannte das nicht an, sondern setzte sich gleich anfangs in Widerspruch zur Theorie, in dem sie, dem älteren Recht den Vorzug gebend, dem erwähnten Senatsukas zum Mindesten eine möglichst einschränkende Auslegung zu geben sich bemühte \*\*). So wurde namentlich behauptet, daß wiewohl die allgemeine Geschlechtskuratel Aufhebung erfahren habe, dieses von der kriegerischen Vormundschaft doch nicht gesagt werden könne, sowie ferner, daß auch Veräußerungen von Immobilien von Jungfrauen nicht anders als mit Zuziehung eines für jeden einzelnen Fall gewählten oder bestellten Beirathes vorgenommen werden dürfen \*\*\*). — Endlich wurde — und dies gewiß mit vollem Recht — geltend gemacht, daß jener Senatsukas weder die eheliche Vormundschaft noch auch das unzweifelhafte Recht der Jungfrau, sich zur Vornahme gewisser Handlungen einen Kurator zu erwählen oder sich bestellen zu lassen, tangiere †). —

Wie nun einerseits auch diese Praxis nicht anstandslos ausgeübt worden sein, sondern in ihrem eigenen Lager Gegner gefunden haben mag, wie sie ferner mit der Theorie — worauf schon hingewiesen wurde — in Widerspruch stand und wie endlich der Hauptzweck des Senatsukas, dem Zustand der Ungewißheit und Schwankungen ein Ende zu bereiten, keineswegs durchgreifend erreicht war, so wurde andererseits dies Alles noch schlechter, als durch den Ukas des Kaisers Paul vom 28. November 1796 die im J. 1784 in Livland eingeführte Statthalterchaftsverfassung unter Wiederherstellung der früheren Verfassung aufgehoben wurde. Denn dies gab die Veranlassung, als Folge dieser Aufhebung die gänzliche Wiederherstellung der alten immerwährenden Geschlechtstutel hinzustellen, mithin also auch den Ukas vom 22. Dezember 1785 nunmehr als derogiert und außer Kraft getreten aufzufassen. Deutlich genug spiegelt sich das in der späteren Theorie wieder, indem recht namhafte Theoretiker in der That jene Ansicht vertreten. So sprachen sich namentlich v. Buddenbrock: „Sammlung der Gesetze, welche das heutige livländische Landrecht enthalten“, Bd. I, (1802) S. 67, Note f. sowie Bunge in der off. Gesch. des prob. Privatrechts, S. 217 dafür aus, während Mützel l. c. S. 194 hiergegen nicht ohne Grund geltend machte, daß der Ukas vom 22. Dezember 1785 in gar keinem Aufsalzusammen-

---

\*) Vgl. Off. Gesch. S. 217, Bunge l. c. S. 82. —

\*\*) Vgl. Off. Gesch. l. c. Bunge l. c. S. 81, Note b, Erdmann System l. c. Mützel l. c. S. 194. —

\*\*\*) Off. Gesch. l. c., Bunge l. c.

†) Vgl. die Citate der vorhergehenden Note. —

hänge mit der schon zwei Jahre früher, nämlich am 29. Oktober 1783 in Livland eingeführten Statthaltertschaftsverfassung stehe und mithin auch nicht als durch den Ukas des Kaisers Paul von J. 1796 derogiert erachtet werden könne. Dieser Ansicht ist umsomehr beizupflichten, als aus dem gedachten Ukas des Kaisers Paul in keiner Weise hervorgeht, daß jetzt etwa alle seit Einführung der Statthaltertschaft in Livland erlassenen Ukase und somit auch der Ukas über Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft v. J. 1785 als aufgehoben zu gelten hätten, wie das auch Mithel l. c. mit vollem Recht hervorhebt. —

Was aber Kurland anbetrifft, so konnte der Ukas von J. 1785 auf den daselbst zu jener Zeit herrschenden Rechtszustand schon deshalb keinen Einfluß gewinnen, weil dieses Land damals noch garnicht unter Russischer Herrschaft stand \*). Ebenowenig mußte das natürlich mit dem Ukas vom J. 1796 der Fall sein, falls durch ihn wirklich der erstgenannte Ukas nach irgend einer Richtung hin abgeändert worden sein sollte. —

Endlich wurde durch das Allerhöchst bestätigte Reichsrathsgutachten vom 28. Oktober 1863 mit dem letzten Rest der sogenannten Geschlechtskuratel aufgeräumt und eine vollkommene rechtliche Gleichstellung beider Geschlechter statuiert \*\*) — mit Ausnahme einiger nicht hierher gehöriger Bestimmungen und abgesehen von der ehelichen Vormundschaft. Denn das erwähnte Reichsrathsgutachten stellt es den Jungfrauen nur anheim, sich einen Kurator zu wählen, erkennt die Bestätigung desselben seitens der kompetenten Behörden für nicht obligatorisch an und verleiht ihm — was seine Haftbarkeit anlangt — die rechtliche Stellung eines bloßen Rathgebers \*\*\*). Diese Bestimmungen hat die Kodifikation vom J. 1864 rezipiert (vgl. Artt. 512—515, Th. III des Prov. Rs.).

So ist es bei unverheiratheten Frauen. Bei Ehefrauen dagegen — und theilweise auch bei Wittween — erleidet die rechtliche Qualität des Rathsfreundes als eines bloßen Rathgebers mancherlei Modifika-

\*) Cfr. Kupffer l. c. S. 255.

\*\*) Vgl. D. Schmidt: Der ordentliche Zivilprozeß nach livländischem Landrecht S. 35, v. Bunge: „Der baltische Zivilprozeß nach der Justizreform“ v. J. 1889, Bd. I (1890) § 33, S. 209, Erdmann: „Güterrecht der Ehegatten nach dem Provinzialrecht Liv- und Kurlands“ (1872) S. 44 f., 88 u. 111. — Zwar sind die Bestimmungen dieses Reichsrathsgutachtens von der baltischen Kodifikation von J. 1864 in den Artt. 512—515 Th. III des Prov. Rs. aufgenommen worden, allein es wäre doch ein Irrthum, mit Kupffer (in der Zeitschrift l. c. S. 257), deshalb allein zu verneinen, daß das Reichsrathsgutachten gleichsam die letzte Etappe auf dem Wege der allmählichen Beseitigung der Geschlechtskuratel gewesen sei, sowie eine Publikation desselben in den Ostseeprovinzen zu leugnen.

\*\*\*) Vgl. Erdmann l. c. S. 45.

tionen, die bei ersteren — wie bereits erwähnt — durch die eheliche Vormundschaft, bei letzteren im Fall einer fortgesetzten Gütergemeinschaft oder einem Sizenbleiben im Gesamtnachlaß mit den etwaigen Kindern eben dadurch bedingt werden. —

Indem wir nun die Details der spätern Ausführung vorbehalten, können wir nach dem Vorhergegangenen schon jetzt feststellen, daß unverheirathete Personen weiblichen Geschlechts, falls sie großjährig sind, in ihrer Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit in keinerlei Hinsicht beschränkt, sondern vielmehr den Mannspersonen ganz gleichgestellt sind. Zu Allem, wozu letztere berechtigt sind, erscheinen auch erstere befugt, sie können allein für sich ohne irgend welche männliche Assistenz vollkommen wirksame Rechtsgeschäfte aller Art eingehen, sie können ihr Eigenthum veräußern, verschenken, verkaufen, verpfänden oder sonst wie belasten, gleichgültig, ob es Mobilien oder Immobilien sind, sie können Testamente errichten, ohne einer Beihülfe zu bedürfen, und dürfen endlich auch selbstständig Prozesse führen. Die Kriegsvogtei (sog. kriegsrische Vormundschaft) der Jungfrauen ist also — der richtigen Ansicht nach — gefallen und weder vom Th. III des Prov. R. noch vom nachherigen Reformgesetz vom 9. Juli 1889 wieder aufgenommen worden.

Was aber die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit resp. Dispositionsbefugniß der verheiratheten Personen weiblichen Geschlechts anbelangt, so lassen sich in der Modifikation des baltischen Privatrechts allerdings einige Beschränkungen konstatieren. Sie sind aber im Ganzen wenig zahlreich und — wie schon bemerkt wurde — in der Hauptsache durch die ehemännliche Mundialgewalt und die dadurch bedingte, je nach den verschiedenen Statutarrechten bald mehr bald weniger ausgedehnte Nutznießungs- und Verwaltungsbefugniß des Ehemannes hinsichtlich des Frauengutes veranlaßt\*), außerdem aber auch nur soweit vorhanden, als es die Integrität dieser Befugniß erfordert, ein Prinzip, das sich mit mehr oder weniger Deutlichkeit in den Artt. 8—12, 29—31, 41—44, 52—55, 91 und 92 ausgesprochen findet. Ueber einige andere Fälle, wo die Ehefrau nicht ohne ihren Ehemann juristisch thätig sein kann, z. B. den Fall der Testamenterrichtung in Liv- und Esthland (außer Neval) (Art. 199, Th. III des Prov. R.) oder wo die Interessen der Ehegatten kollidieren, weil sie z. B. untereinander ein Rechtsgeschäft abschließen, und wo die Frau als der schwächere Theil eben deswegen einen Beistand hinzuziehen muß (Art. 30 Th. III des Prov. R.) — Fälle, deren innerer Grund in

---

\*) Vgl. B. Kupffer: „Befugniß der Betheiligten zur letztwilligen Verfügung über das in der Gütergemeinschaft begriffene Gut“ in Jahrg. VII der Dorpater Zeitschrift für Rechtswissenschaft, S. 266.

einer Berücksichtigung der Innigkeit des Eheverhältnisses zu suchen sein dürfte — wird später ausführlicher behandelt werden. Eine allgemeine gesetzliche Nothwendigkeit aber für die Ehefrau, — dieser Satz läßt sich schon an dieser Stelle aussprechen — bei allen ihren rechtlichen Handlungen den Ehemann als Beirath hinzuzuziehen oder aber sich eines Dritten als Rathsfreundes zu bedienen, derart, daß ohne eine solche Hinzuziehung der Rechtsakt ungültig wäre, ist im Th. III des Prov. Rs nicht begründet. Ebenso aber ist auch die Kriegsvogtei des Ehemannes für die Ehefrau von der Modifikation nicht rezipiert worden, wiewohl hier Manche anderer Ansicht sind. — Von den Wittwee n aber war schon früher die Rede. —

Damit wäre die eingangs sub Nr. 1 aufgeworfene Frage im Allgemeinen beantwortet und wir können jetzt auf die II. Frage übergehen, mit deren Beantwortung zugleich auch eine detaillirtere Angabe und Behandlung der einzelnen Fälle verbunden werden soll. Um aber den Rahmen dieser Abhandlung nicht ungebührlich zu überschreiten, sei gleich an dieser Stelle bemerkt, daß es natürlich nicht unsere Aufgabe sein kann, im Einzelnen die Befugnisse der Frau an ihrem Eingebrachten oder dem Sondergut gegenüber denjenigen des Mannes darzustellen und abzugrenzen, sondern nur diejenigen einzelnen Fälle zu erörtern und klarzulegen, in welchen die Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der Ehefrau oder Wittwee durch obligatorische Hinzuziehung des Ehemannes oder eines Dritten als Beirath oder Rathsfreund eine Ergänzung zu erfahren hat.

## II.

1) Auf welche besondere Fälle bezieht sich die Beschränkung der Personen weiblichen Geschlechts in ihrer Handlungs- und Dispositionsfähigkeit?

An erster Stelle wäre die in der Litteratur des provinziellen Privatrechts neuerdings wiederum ventilirte Frage der kriegerischen Vormundschaft über Personen weiblichen Geschlechts zu behandeln d. h. zu untersuchen, ob nach baltischem Privatrecht Personen weiblichen Geschlechts gleich den Männern zu selbstständiger Führung und Vertretung ihrer Prozesse berechtigt sind, ob sie also die prozessuale Handlungsfähigkeit — legitima persona standi in judicio — in diesem Sinne besitzen oder ob sie ihre Prozeßangelegenheiten nicht anders als unter Assistenz und Beirathschaft ihres Ehemannes resp. nur in Vertretung durch letzteren führen können? In der Theorie des ostseeprovinziellen Privatrechts herrscht über diese — augenscheinlich ebensowohl dem materiellen Prozeßrecht wie dem prozessualen Privatrecht, also einem der Berührungsbereiche zwischen Privatrecht und Prozeß angehörende Frage ein

nicht geringer Streit. So gelangt Kupffer in der Dorpater Zeitschrift l. c. S. 270 nach eingehender rechtshistorischer Untersuchung zu dem Resultat, daß großjährige Frauen und Jungfrauen bei allen prozessualischen Handlungen und gerichtlichen Geschäften der Zuziehung eines männlichen Beirathes bedürften. Andere, wie z. B. D. Schmidt und Th. v. Bunge weichen von ersterem darin ab, daß sie die Kriegsvogtei wenigstens hinsichtlich der unverheiratheten Frauenpersonen heutzutage für abgeschafft und von der Kodifikation des baltischen Privatrechts nicht rezipiert erklären, im Bezug dagegen auf die verheiratheten Frauen und Wittween noch jetzt aufrecht erhalten und dieselbe auf den Ehemann als gesetzlichen Kriegsvogt übertragen wollen resp. dessen Mitwirkung als *conditio sine qua non* obligatorisch erfordern. Nach einer dritten, insbesondere (wenigstens für das heutige Recht) von Erdmann\*) und in der frühern, vor der Justizreform und jedenfalls seit der Emanation des Th. III des Prov. Rs. überwiegend herrschender Praxis\*\*) vertretenen Ansicht soll dagegen die kriegerischen Vormundschaft über alle Personen weiblichen Geschlechts, gleichgültig ob sie ledig, verheirathet oder Wittween sind, aufgehoben sein und gemäß dem Th. III des Prov. Rs. diesen Personen das Recht der selbstständigen Prozeßführung in allen Fällen zustehen\*\*\*). Und auf S. 88 seines „Güterrechts“ spricht Erdmann sich betreffs der ehemannlichen Beirathenschaft ausdrücklich dahin aus, daß letztere seit Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft mehr den Charakter einer „usuellen, aber überflüssigen“ Rathsertheilung angenommen habe. In seinem System dagegen (B. I, S. 83 u. S. 366 f.) scheint Erdmann sich wieder zur kriegerischen Vormundschaft zu bekennen. Wenigstens äußert er sich in den zitierten Stellen unter Berufung auf die zu seiner Zeit herrschende Praxis dahin, daß das weibliche Geschlecht in der Befugniß vor Gericht vorzutreten und gerichtliches Vertrauen zu fordern den Männern nicht gleichgestellt sei — ohne dabei jedoch seinen im Güterrecht vertretenen Standpunkt aufzugeben. Und deßhalb lassen wir diesen Schriftsteller trotzdem unter den Vertretern der die absolute Prozeßfähigkeit des weiblichen Geschlechts leugnenden Juristen figurieren. — Von ältern Schriftstellern bekennt sich auch Samson v. Himmelstjerna

\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht S. 45 f., S. 110—111.

\*\*) Vgl. D. Schmidt: „Der ordentliche Zivilprozeß“, S. 34, f.

\*\*\*) Cfr. Th. v. Bunge: „Der baltische Zivilprozeß“, B. I, S. 209—211. — Für die Zeit vor Emanation des Th. III des Prov. Rs. vgl. man F. G. v. Bunge: das liv- und esthl. Priv. R. B. I § 44, S. 81, der aber in Note c ausdrücklich bemerkt, daß die Nichtzuziehung des Beirathes seitens der Frauensperson bei Vornahme gerichtlicher Handlungen letztere deswegen keineswegs nichtig mache, u. Curl. Priv. R. § 31, S. 45 ff. Von ältern Schriftstellern vgl. man noch Mützel l. c. S. 197 ff.

in seinen Institutionen des Livländischen Prozesses (Th. I, 1824) offenbar zu einer vollständigen Gleichstellung des weiblichen und männlichen Geschlechts hinsichtlich der Prozeßfähigkeit, denn obwohl er das nirgends direkt sagt, so läßt sich seine Stellungnahme zu unserer Frage doch mit ziemlicher Sicherheit aus der Art und Weise erkennen, wie er sich in § 22 S. 8 seines zitierten Werkes über die Prozeßstandschafft äußert. Unter den zur Prozeßführung unfähigen oder beschränkten Personen nennt er nämlich das weibliche Geschlecht nicht und daher muß angenommen werden, daß das weibliche Geschlecht nach seiner Ansicht einen Grund für eine eventuelle Unfähigkeit zur Vornahme resp. alleinigen, selbständigen Vornahme gerichtlicher Geschäfte nicht abgeben sollte. Es ist anzunehmen, daß v. Samson, der sein Werk hauptsächlich zum Gebrauch in der Praxis schrieb, in der Redaktion des § 22 zit. eben auch nur einer damals in der Praxis gangbaren Anschauung folgte und im Wesentlichen aus letzterer schöpfte. Zwar berichtet uns Bunge in seinem lib- und esthl. Priv. R. B. I S. 81, daß die Praxis stets die obligatorische Zuziehung eines Beirathes seitens der Frauensperson zu ihren gerichtlichen Handlungen verlangt habe, und billigt auch in der Note c l. c. diese Praxis. Allein Einmüthigkeit hat hier ganz entschieden nicht geherrscht und es mag schon in dieser Zeit (also in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts) eine partielle Abschwächung der Praxis zu Gunsten einer totalen Prozeßfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts stattgefunden haben, wenngleich wir das nicht mehr mit Gewißheit zu konstatieren vermögen. —

Im Prozeß des livländischen Landrechts ist aber die kriegerische Vormundschaft für Frauenspersonen gewiß schon seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, besonders aber seit 1864 von der Praxis nicht mehr verlangt worden. Das bezeugen uns die Hofgerichtlichen Urtheile der damaligen Zeit und das betont auch D. Schmidt in seinem öfters zitierten Werke: „Der ordentliche Zivilprozeß nach livländischem Landrecht“, S. 35, Note 18, wiewohl nur für die Kriegsvogtei unberehelichte Frauenspersonen. — Und die Praxis der rigaschen Stadtgerichte hat sich, wie aus einem Quereklbeschelde des Rigaschen Rathes vom 14. März 1869 sub Nr. 1867 hervorgeht, auf denselben Standpunkt gestellt\*). —

Um nun die Frage der kriegerischen Vormundschaft des weiblichen Geschlechts im einzelnen zu entscheiden und ihre Beantwortung auf sicherem Boden zu stellen, erscheint es praktischer, dieselbe zuerst hinsichtlich der unberehelichten Frauenspersonen, dann der Ehefrauen und schließlich der Witt-

---

\*) Vgl. die Zwangmanusche Sammlung B. I (1871) N. 4, S. 7—12. Wir werden auf diese überaus wichtige Entscheidung, deren Gründe wir voll und ganz theilen, späterhin noch ausführlicher zurückkommen.

ween zu entscheiden, jeden dieser drei Fälle also gesondert, in der angegebenen Reihenfolge zu behandeln. —

A. Ist nach heutigem Provinzialrecht die Kriegsvogtei über unverehelichte Frauenspersonen noch als zu Recht bestehend anzusehen?

Von dem Standpunkt aus, den die Kodifikation unseres baltischen Provinzialrechts einnimmt, ist die Frage mit einem unbedingten „Nein“ zu beantworten. Wir sahen bereits, daß die Theorie des ostseeprovinziellen Privatrechts sich gleichfalls gegen die kriegerische Vormundschaft ausgesprochen hat. Allerdings mit einer Ausnahme. Wie nämlich schon erwähnt, will Kupffer in seiner zit. Abhandlung in der Dorpater Zeitschrift l. c. die Kriegsvormundschaft auch für unverehelichte Personen weiblichen Geschlechts noch heute aufrechterhalten wissen, er ist der Ueberzeugung, daß die Kodifikation des baltischen Privatrechts die vor 1864 unvermindert in Geltung gewesene Kriegsvogtei überhaupt nicht berühre, geschweige denn sie aufgehoben habe.

Es soll nun diese Ansicht auf die Stichhaltigkeit ihrer Gründe hin geprüft werden, wobei es sich erweisen wird, daß es Kupffer nicht gelungen ist, die Beibehaltung der kriegerischen Vormundschaft über die Jungfrauen seitens des Th. III des Prov. Rs oder mit anderen Worten: die Beschränkung derselben in der Selbstständigkeit der Prozeßführung nachzuweisen. — So behauptet Kupffer unter Anderem, daß der Senatsukas vom 22. Dezember 1785 den großjährig gewordenen Jungfrauen nur die Selbstständigkeit der Vermögensverwaltung eingeräumt, sie nur in dieser Hinsicht von der Nothwendigkeit, sich zur Vornahme rechtsgeschäftlicher Handlungen eines Beirathes zu bedienen, befreit habe; die Kriegsvogtei sei in demselben gar nicht berührt. Daraus folgert er, daß der gedachte Ukas in Bezug auf die unbeschränkte Prozeßfähigkeit Alles habe beim Alten lassen wollen. Vor 1785 hätten jene Personen aber zur Vornahme prozeßualischer Handlungen stets der Mitwirkung eines Beirathes, eines sogenannten kriegerischen Vormundes bedurft. — Allein schon diese letzte Prämisse läßt sich historisch nicht rechtfertigen. Es ist durch nichts erwiesen, daß in der Praxis vor 1785 über diesen Punkt Einhelligkeit geherrscht habe. Die Wahrscheinlichkeit spricht vielmehr für das Gegentheil. Wenn also der zit. Senatsukas auf die Kriegsvogtei keinen Bezug nimmt, so kann daraus offenbar nicht auf das Bestehenbleiben derselben für die gedachten Personen geschlossen werden, sondern im Gegentheil nur auf ihre Beseitigung. Diese Seite der Sache hervorzuheben, war nicht die Absicht des Gesetzgebers. Sie brauchte es umsoweniger zu sein, als der Ukas schon an und für sich eine deutliche Sprache redete. Die Großjährigen beiderlei Geschlechts werden einander in der Verwaltung

ihres Vermögens vollkommen gleichgestellt. Personen männlichen Geschlechts haben die volle Selbstständigkeit in der gerichtlichen Vertretung ihrer Angelegenheiten. Folglich muß sie ebenso auch den unverheiratheten Personen weiblichen Geschlechts zustehen. Man kann freilich einwenden, die Fähigkeit Jemandes, Prozeßhandlungen vorzunehmen, habe mit der Fähigkeit, sein Vermögen selbstständig zu verwalten nichts gemein. Die letztere können der betreffenden Person fehlen, die erstere aber trotzdem vorhanden sein. In der That ist auch Kupffer bestrebt, die Vornahme prozeßualischer Handlungen als in den Kreis der Verwaltungsbefugnisse hinsichtlich eines Vermögens nicht hineingehörig hinzustellen (vgl. seinen zit. Aufsatz S. 256 u. 258). Zugleich aber begeht er die Inkonsequenz, die Prozeßführung mit der Veräußerung in eine Reihe zu stellen und beide nicht zur Vermögensverwaltung zu rechnen. Schon dies ist verfehlt. Prozeßführung und Veräußerung können mitunter sogar Pflicht eines Vermögensverwalters sein. Auf jeden Fall aber ist die selbstständige Vermögensverwaltung gegenüber der selbstständigen Prozeßführung zweifellos das Mehr. In dem Mehr liegt aber das Weniger. Es ist inkonsequent, Jemandem die Selbstständigkeit der Vermögensverwaltung zu gewähren, und ihn gleichzeitig in der Prozeßführung zu beschränken, falls nicht, wie beim ehemännlichen Mundium, besondere durch die Eigenthümlichkeit eines bestimmten Rechtsinstituts bedingte Rechtsfälle solches vorschreiben oder falls nicht abgesehen davon überhaupt positive Normen vorliegen, die eine solche unterschiedliche Behandlungsweise statuieren. Es ist unlogisch, Jemandem zu sagen: Du kannst dein Vermögen verwalten, wie Du willst, Du kannst mit demselben schalten und walten nach freiem Ermessen und ihn gleichzeitig in der Befugniß, von seinem Vermögen etwas zu veräußern und dasselbe prozeßualisch zu vertreten, an die Zustimmung eines Dritten zu binden! Und dann die Gleichstellung der Veräußerung mit der Prozeßführung! Wer einen Prozeß über sein Vermögen führt, sei es als Kläger oder Beklagter, der will ja garnicht veräußern, er will im Gegentheil erhalten. Daher wäre es noch eher denkbar und weniger unlogisch, wenn man Jemandem zwar die selbstständige Prozeßführung, nicht aber die Veräußerung seines Vermögens gestatten wollte.

Wie dem aber auch sei, der gedachte Senatszusaß macht sich einer derartigen Inkonsequenz nicht schuldig, er versagt den unverheiratheten Personen weiblichen Geschlechts die selbstständige Prozeßführung nicht, er läßt diesen Punkt überhaupt unberührt. Allein seine Tendenz ist doch unverkennbar, sein Bestreben, in Bezug auf das Vermögen die Großjährigen beiderlei Geschlechts einander ganz und in jeder Hinsicht gleichzustellen, klar zu Tage liegend. Folglich muß dasselbe auch hinsichtlich der Fähigkeit, das Vermögen gerichtlich mit vollster Selbstständigkeit zu vertreten, gelten, d. h. vollkommene Gleichberechtigung beider Geschlechter.



Kupffer beruft sich weiterhin auf die drei Bauerverordnungen. In der That haben diese das Institut der kriegerischen Vormundschaft auch für die unverheiratheten großjährigen Personen weiblichen Geschlechts beibehalten und verlangen zur Gültigkeit ihrer gerichtlichen Handlungen die unbedingte Hinzuziehung eines Beirathes oder Assistenten. So bestimmt § 778, B. 3 der Zivl. B. B. vom J. 1860 unter Anderem:

„... Wittween und Mädchen von majorennem Alter müssen gleichfalls, wenn sie klagen wollen, einen Beirath wählen...“

Entsprechend heißt es in § 901 der Gsth. B. B. vom J. 1856:

„... Wittween und majorenne Mädchen können ohne einen besondern gemählten Beirath vor Gericht keine Klage erheben...“

und § 377 B. 3 der Kurl. B. B. v. J. 1817 sagt übereinstimmend mit den beiden anderen Bauerverordnungen:

„... Wittween und Mädchen von majorennem Alter können ohne Beirath eines Assistenten nichts rechtsverbindlich vor Gericht verhandeln.“

Allein es ist zu beachten, daß es sich hier wohl nur um eine lediglich auf Personen bürgerlichen Standes bezügliche Rechtsnorm handelt, — wie ja überhaupt das Bauerprivatrecht und der bürgerliche Prozeß nur für die zum Bauernstande gehörigen Personen gelten — die im Zweifel unmöglich auf das sonstige allgemeine Provinzialrecht oder den allgemeinen Zivilprozeß ausgedehnt werden darf. — Zweitens sind die zitierten bauerrechtlichen Bestimmungen offenbar bloß als eine auf dem speziellen Gebiet des Bauerrechts von der Gesetzgebung erfolgte Billigung der Ansicht derjenigen Praktiker zu betrachten, die in der kriegerischen Vormundschaft über Personen weiblichen Geschlechts und in der dadurch bedingten obligatorischen Mitwirkung eines Rathesfreundes bei Vornahme gerichtlicher Handlungen ein zu ihrer Zeit noch geltendes Rechtsinstitut erblickten. Und drittens übergeht Kupffer den gerade so überaus wichtigen Umstand, nämlich daß der Th. III des Prov. Ns. diesen Grundsatz d. h. die Beschränkung der großjährigen unverheiratheten Frauenspersonen in der Selbstständigkeit ihrer Prozeßführung weder als allgemein privatrechtliche, für Alle gültige Rechtsnorm noch als eine bloß auf Jungfrauen bürgerlichen Standes bezügliche Vorschrift wiederholt und auch in den Quellenzitaten zu den einschlägigen Artikeln des Prov. Ns., nämlich Artt. 512—515 (der off. Ausgabe v. J. 1864) sich auf die vorhin erwähnten Vorschriften der drei Bauerverordnungen gar nicht mehr beruft. Folglich bleibt nur die Annahme übrig, daß die Redaktore der Kodifikation vom J. 1864 die kriegerische Vormundschaft über großjährige Jungfrauen als ein unpraktisch gewordenes und dem Geiste der damaligen Zeit nicht mehr entsprechendes Rechtsinstitut ansahen. Denn schon damals mochte man es eben für nicht mehr angebracht halten, aus dem ehemaligen, längst nicht mehr vorhandenen Mangel der Wehrfähigkeit

des weiblichen Geschlechts irgend welche praktischen, der gesetzgeberischen Fixierung werthe Konsequenzen zu ziehen, zumal da ja großjährige Jungfrauen gewiß schon lange vor 1864 selbstständig, ohne eines Beirathes zu bedürfen, Korroborationen beantragen und öffentliche Testamente errichten durften. Kupffer ignoriert ferner die Praxis auf dem Gebiete des livländischen Landrechtlichen Prozesses, die eine prozessuale Bevormundung der großjährigen Jungfrauen nach dem Zeugniß D. Schmidts (Zivilprozeß I. c.) wohl nicht mehr anerkannte und darin mit der Praxis der rigischen Stadtgerichte übereinstimmte, er vergißt, daß der von ihm angezogene § 2 Kap. VI lib. II der Rigaschen Statuten, der jenen Personen einen kriegerischen Vormund allerdings beordnet „ob sie gleich denselben nicht begehreten“, von den Rigaschen Stadtgerichten als antiquiert angesehen und dementsprechend nicht mehr angewandt wurde, und daß solches gewiß schon zu seiner Zeit beständiger Gerichtsgebrauch geworden war.

Hingesehen nun auf die vom Th. III des Prov. Rs nur dem Namen nach beibehaltene Geschlechtskuratel, wie sie in Grundlage des gleichfalls schon erwähnten Allerh. bestätigten Reichsrathsgutachtens vom J. 1863 in den Artt. 512—515 zitt. niedergelegt ist, läßt sich die vollkommene Prozeßfähigkeit der großjährigen Jungfrauen im heutigen baltischen Privatrecht im Gegensatz zur ersten von Kupffer vertretenen Anschauung nach dem Vorhergegangenen unschwer darthun.

Gleich der erste der zitierten Artikel sagt:

„Unverheirathete Frauenpersonen treten zwar, gleich Personen männlichen Geschlechts, nach erlangter Großjährigkeit, in die Verwaltung ihres Vermögens; es ist ihnen jedoch nicht verwehrt, sich dabei des Rathes und der Unterstützung eines Mannes, in der Eigenschaft eines Geschlechtskurators (Beirathes oder Assistenten) zu bedienen.“

Wenn die großjährigen Jungfrauen in so wichtigen Angelegenheiten, wie in der Verwaltung ihres Vermögens und der Disposition über dasselbe eines Geschlechtsvormundes oder Beirathes nicht bedürfen, sondern die Hinzuziehung desselben für den einzelnen konkreten Fall oder für alle Fälle bloß ihrem Ermessen anheimgestellt wird, also nur ihr Recht, nicht aber ihre Pflicht ist, so kann man offenbar nicht daran denken, ihnen die Hinzuziehung eines solchen Beirathes in denjenigen Angelegenheiten aufzuzwingen, die im Vergleich zu der ihnen gewährten Freiheit der Vermögensverwaltung von weit minderer Wichtigkeit sind. Es ist heutzutage unbestritten, daß großjährige unverheirathete Frauenpersonen ihnen gehörige Vermögenswerthe, sogar Immobilien beliebig veräußern, verpfänden oder sonstwie rechtsgültig darüber verfügen dürfen, ohne dazu der Mitwirkung männlicher Personen als Beiräthen bedürftig zu sein. Niemand zweifelt daran, daß jene Personen die Korroboration von Veräuße-

rungskontrakten über Immobilien in der Krepostabtheilung von sich aus ohne jede männliche Mitwirkung rechtswirksamst beantragen, sowie daß sie auch die uneingeschränkte aktive Testamentsfähigkeit gleich den Mannspersonen haben, daß sie auch notarielle Testamente rechtsgültig ohne jegliche Beirathschaft errichten dürfen. Dann aber wäre es doch ein Konfens, die großjährigen Jungfrauen in der selbstständigen Führung ihrer Prozeßangelegenheiten dadurch zu beschränken, daß man die Gültigkeit derselben von der Mitwirkung eines männlichen Rathsfreundes abhängig machen wollte, wo doch die Prozeßführung meist auf Erhaltung des Vermögens abzielt und häufig auch zum Vermögen in gar keiner Beziehung steht, wie das z. B. bei der im Wege des Zivilprozesses stattfindenden Verfolgung von Injurien der Fall ist. Die Kodifikation hat sich einer derartigen Inkonsequenz denn auch de facto nicht schuldig gemacht, sondern aus der Tendenz des Reichsrathsgutachtens vom J. 1863, beide Geschlechter hinsichtlich der Verfügungsbefugniß über ihr Vermögen einander gleichzustellen, die einzig mögliche Konsequenz gezogen, indem sie laut Art. 512 zit. die Hinzuziehung eines Beiraths für alle obenerwähnten Angelegenheiten der Jungfrauen lehtern nicht mehr zur Pflicht macht.

Damit stimmt nun auch Art. 514 überein. Denn wenn dieser Artikel der Jungfrau anheimstellt, für alle ihre Angelegenheiten einen beständigen Kurator sich zu erwählen oder zu erbitten oder einen solchen für jeden einzelnen Fall zu erwählen, so sind unter dem vom Gesetzgeber nicht näher präzisirten Ausdruck „alle Angelegenheiten“ offenbar auch die Prozeßangelegenheiten zu verstehen, die der gedachte Artikel doch jedenfalls nicht besonders ausnimmt und die er folglich auch mit umfaßt, und wenn er weiter diese Kuratorwahl der großjährigen Jungfrau nur gestattet, nicht aber obligatorisch fordert, so gestattet er ihr eben damit, alle ihre Angelegenheiten auch allein, ohne Mitwirkung dieses Rathsfreundes vulgo Kurators zu führen, folglich also auch alle Prozeßangelegenheiten. Die gewiß unglücklich gewählte Bezeichnung des Beirathes als Kurator in den Artt. 112—515 mag vielleicht mit einem Anlaß zu jener Ansicht gegeben haben, daß die kriegerische Vormundschaft über unverheirathete großjährige Frauenspersonen auch nach der Emanation des Th. III des Prov. R. vom J. 1864 noch immer zu Recht bestehe, daß also insofern diese Personen noch jetzt eines Geschlechtskurators bedürften, der den in der bezeichneten Hinsicht ihnen anhaftenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit zu ergänzen habe\*). Die Artt. 512—515 widersprechen aber — wie wir zum Theil bereits gesehen haben — dieser Annahme auf das Bestimmteste

---

\*) Auch Art. 268 nennt in §. 4 unter den von ihm aufgezählten Arten der Vormundschaften und Kuratelen die Geschlechtskuratelen.

Denn Art. 515 präzisirt die rechtliche Stellung des Rathsfreundes (Kurators) ausdrücklich dahin, daß er keine Vermögensverwaltung, die vielmehr in den Händen der Jungfrau bleibt, haben solle, er entbindet ihn von jeder Rechenschaftsablegung und läßt ihn bloß als Rathgeber haften. Dieser Stellungnahme der Kodifikation zu unserer Frage entspricht aber auch Art. 513. Dieser Artikel besagt nämlich ausdrücklich, daß die seitens der Jungfrau freiwillig erfolgte Kuratormahl einer Bestätigung seitens der Obrigkeit nicht bedürfe, wobei es ihr aber nicht verwehrt ist, das Waifengericht um Designation eines solchen Kurators zu bitten. Aus Allem dem geht zur Evidenz hervor, daß der Geschlechtskurator der Artt. 512—515 gar kein eigentlicher Kurator und noch weniger ein Vormund, sondern bloßer Rathgeber ist, womit auch die Bezeichnungen „Rathsfreund“ und „Beirath“ aufs Beste harmonieren. Die ältere Literatur des (gemeinen) deutschen Privatrechts stimmt allerdings mit der hier vertretenen Auffassung des „Geschlechtskurators“ als eines bloßen Rathgebers, der nur für die Folgen des Rathes haftet, vielfach nicht überein, so z. B. Gengler, Lehrb. des deutsch. Priv. R., Th. II, § 214, S. 1271 ff. u. besonders Baumeister, Hamb. Priv. R. Bd. II, § 97, S. 206 ff., die den Geschlechtskurator zivilrechtlich nicht bloß für die Folgen der Rathsertheilung, sondern darüber hinaus auch für omnis diligentia haften lassen, wodurch dann allerdings aus dem bloßen Rathgeber ein vollhaftender Kurator wird. — Zurückkehrend sodann zu den von Ruppfer zu Gunsten seiner Ansicht angezogenen Stellen aus den drei Bauerverordnungen, so dürfte es wohl feststehen, daß sie für das heutige Recht keine Gültigkeit mehr beanspruchen können. Das Justizreformgesetz vom 9. Juli 1889 läßt hierüber nicht den mindesten Zweifel zu. Es wird nämlich in der „Verordnung über die Reorganisation der Bauerbehörden in den baltischen Gouvernements“ A, II, Art. 5 als oberster Grundsatz die Prozeßfähigkeit Aller hingestellt, ohne irgend welche durch das Geschlecht begründete Ausnahmen zu machen\*). Darauf werden allerdings Ausnahmefälle aufgezählt, aber nicht solche, die durch die Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht bedingt sind. In dieser Hinsicht nennt Art. 5 zit. die Unmündigen, Geisteskranken, insolventen Schuldner und die von Gericht für Verschwender Erklärten. Für diese Personen, denen die Prozeßfähigkeit überhaupt mangelt, sollen im Prozesse ihre gesetzlichen Vertreter handeln, und zwar für Unmündige — ihre Eltern, Vormünder und Kuratoren, für Geisteskranke und Verschwender — ihre Kuratoren, für insolvente Schuldner — die Konkursverwaltung (vgl. die Anm. zu Art. 5 zit.). Von den Ehefrauen wird nur gesagt,

\*) § 63 der kurl. B. B. v. J. 1817 sagt: „Das männliche und weibliche Geschlecht haben vor dem Gericht gleiche Rechte, wenn nicht in einzelnen Fällen ausnahmsweise und ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist.“

daß ihre Ehemänner für sie ohne besondere Ermächtigung Prozesse führen können. Von den großjährigen Jungfrauen sowie den Wittwee wird im Gesetz nirgends gesprochen, ihre Prozeßfähigkeit sowie die der großjährigen Personen männlichen Geschlechts, die ja im Art. 5 gleichfalls nicht genannt werden, wird eben stillschweigend vorausgesetzt. Eine Bezugnahme auf die zitierten §§ der Bauerverordnungen findet sich weder in Art. 5 zit. noch in den Motiven zu diesem Artikel (vgl. Gafmann und Nolden B. II S. 37 f.). Letztere wiederholen nur das von Art. 5 ausgesprochene Prinzip, daß im bauerlichen Prozeß Jeder prozeßfähig sei, mit Ausnahme der besonders aufgezählten Personen. Wenn nun aber die Motive gleichzeitig bemerken, daß die frühere Beschränkung der Ehefrauen in dem Rechte der Prozeßführung von Art. 5 nicht aufgenommen worden sei, so kann man unmöglich voraussetzen, der Gesetzgeber habe die kriegerische Vormundschaft für unverheirathete großjährige Bäuerinnen, die er doch mindestens nicht ungünstiger als die verheiratheten behandelt, damit stillschweigend aufrechterhalten. Aus Art. 5 zit. kann im Gegentheil nur die eine Schlußfolgerung gezogen werden, nämlich daß unverheirathete großjährige Bäuerinnen nach heutigem Bauerrecht zur Führung ihrer Prozeßangelegenheiten und zur selbstständigen Vornahme jeglicher gerichtlicher Handlungen gleich den großjährigen Männern berechtigt und befähigt sind, ohne dabei an die Mitwirkung eines männlichen Rathesfreundes gebunden zu sein. —

Der unverkennbaren Tendenz des Art. 5 zit. (I A II der Justiznovelle vom 9. Juli 1889), beide Geschlechter in Bezug auf ihr Vermögen einander gleichzustellen entsprechend ist aber auch die Annahme einer gänzlichen Antiquierung zunächst des § 78 der kurländischen Bauerordnung vom J. 1817. Dieser Paragraph läßt mit eingetretener Mündigkeit — ein Begriff, der nach kurländischem Bauerrecht mit dem der Volljährigkeit zusammenfällt — d. h. mit Erreichung des 21. Lebensjahres den kurländischen Bauer in die freie Disposition seines Vermögens treten. Das Volljährigkeitsalter der Bäuerin wird von diesem Gesetz freilich gleichfalls auf das 21. Lebensjahr festgesetzt, allein es wird hinzugefügt, sie könne ohne „Assistenten“ keine „rechtliche Handlung“ vollziehen. Soweit unter dem Ausdruck: „rechtliche Handlung“ die Vornahme prozessualischer Handlungen mitbegriffen sein soll — und die Allgemeinheit dieser Ausdrucksweise dürfte eine solche Annahme durchaus rechtfertigen — ist er durch Art. 5 zit. des Justizreformgesetzes gleich dem § 377 B. 3 der kurl. B. B. außer Kraft gesetzt. Soweit aber darunter nur rein privatrechtliche Handlungen, also Rechtsgeschäfte zu verstehen sind, würde die durch Art. 5 zit. statuierte Prozeßfähigkeit der großjährigen bauerlichen Jungfrau sich in

einen durchaus unerwünschten Kontrast zu ihrer sonstigen rechtsgeschäftlichen Unselbstständigkeit setzen, somit in die eng zusammengehörigen Gebiete des materiellen Prozeßrechts und des formellen Privatrechts eine arge Disharmonie hineintragen, falls diese Unselbstständigkeit der großjährigen bauerlichen Jungfrau in der Vollziehung von Rechtsgeschäften im kurländischen Bauerprivatrecht auch heutzutage noch geltendes Recht sein sollte, wenn man also auch heute noch die Gültigkeit der von ihr vorzunehmenden Rechtsakte ganz entgegen dem Geiste des Art. 5 zit. von der Mitwirkung eines männlichen Beirathes oder Rathsfreundes abhängig machen wollte.

Etwas anders verhält es sich mit dem livländischen Bauerrecht. Letzteres unterscheidet ausweislich des § 953 der livl. B. V. vom J. 1860 bekanntlich für beide Geschlechter zwischen der Mündigkeit und der Volljährigkeit. Erstere tritt mit Erreichung des 17. Lebensjahres, letztere mit Erreichung des 21. Lebensjahres ein. Unmündige livländische Bauern männlichen Geschlechts haben noch nicht die freie Verwaltung und Disposition ihres Vermögens, sie haben dieselbe auch noch nicht nach erlangter Mündigkeit, sondern erst, wenn sie volljährig geworden sind. Jedoch zeigen sich mit Erlangung der Mündigkeit insofern die ersten Spuren beginnender rechtlicher Selbstständigkeit, als der Vater seine mündig gewordenen Kinder nicht gegen ihren Willen oder Zustimmung in Dienste eines Dritten geben darf (vgl. § 951). Während nun zwar für unmündige Bäuerinnen sowie für die unmündigen Bauern Vormünder bestellt werden müssen, denen die Vermögensverwaltung und Erziehung der Pupillen obliegt, dürfen mündige Frauenspersonen, — falls sie unberathen d. h. wohl allein stehend sind, sich selbst — also offenbar ohne Mitwirkung des Gemeindegerechts — Kuratoren wählen, die ihre Angelegenheiten zu besorgen haben (vgl. § 954). Allein aus dieser Selbstwahl der Kuratoren folgt natürlich noch nicht die Fähigkeit, ohne dieselben, also selbstständig gerichtliche Handlungen vorzunehmen und Prozesse zu führen. Denn die Kuratoren sind eben auch Vermögensverwalter, also eigentlich Vormünder und üben diese Verwaltung bis zur Volljährigkeit der unmündigen oder auch schon mündigen Bäuerin aus, bis zu welchem Termin letztere, wenigstens in Bezug auf ihr Vermögen, wie jeder andere Minderjährige behandelt wird. In Uebereinstimmung damit wäre es aber ein Konfens, die Prozeßfähigkeit ihr in uneingeschränktem Maße zu lassen und sie in dieser Hinsicht wie eine Großjährige zu behandeln, was sie de facto noch nicht ist. § 954 ist also jedenfalls durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 seinem ganzen Umfang nach nicht außer Kraft gesetzt, sondern besteht trotz der von uns für das Bauerrecht aller drei Provinzen in Prinzip geleugneten kriegerischen Vormundschaft über die Jungfrauen auch heute noch

zu Recht und deßhalb wird man den zwar mündigen, aber noch minderjährigen Jungfrauen bürgerlichen Standes die selbstständige Prozeßführung versagen und solche nur dem von ihr zu wählenden Kurator überlassen dürfen. —

Aus der für das liv-, esth- und kurländische Bauerrecht konstatierten unbeschränkten Prozeßfähigkeit der großjährigen Jungfrauen d. h. also der Nichtgeltung der kriegerischen Vormundschaft über dieselben läßt sich nun die ebenso natürliche wie naheliegende Schlußfolgerung ableiten, daß schon im Hinblick auf den öfters zitierten Art. 5 zit. der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 von einer Anerkennung der kriegerischen Vormundschaft über großjährige Jungfrauen als eines geltenden Rechtsinstitutes auch für das allgemeine, in Th. III des Prov. Rs. enthaltene baltische Privatrecht keine Rede sein kann. Denn es wäre widersinnig und darf mangels positiver Rechtsnormen nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe Personen nicht bürgerlichen Standes ungünstiger als Personen bürgerlichen Standes behandeln wollen, wo er doch sonst umgekehrt letztere im Vergleich zu ersteren in mancherlei Hinsicht zurücksetzt, so z. B. in der Fähigkeit, sich wechselseitlich zu verpflichten. Es wäre absurd, die nichtbürgerliche großjährige Jungfrau in ihrer Prozeßfähigkeit zu beschränken, die Gültigkeit der von ihr vorgenommenen prozessualischen Handlungen an die Hinzuziehung eines kriegerischen Vormundes zu binden, der ja eben, wo seine Mitwirkung obligatorisch wäre, die Stellung eines wahren Vormundes oder mindestens eines Kurators, nicht aber die eines bloß fakultativen Beirathes oder Assistenten hätte, für die bürgerliche Jungfrau dagegen diese Beschränkung fallen zu lassen. Zu einer derartig unterschiedlichen Behandlung giebt kein einziges Gesetz, kein einziger Artikel unserer Kodifikation auch nur den geringsten Anlaß. Wir haben im Gegentheil gesehen, daß auch die von der sogenannten Geschlechtskuratel handelnden Artt. 512—517, Th. III des Prov. Rs. der kriegerischen Vormundschaft über großjährige Jungfrauen gar keiner Erwähnung thun und letztere auch dem Geist der genannten Artikel in keiner Weise mehr entsprechen würde, aus denen im Gegentheil nur die gänzliche Gleichberechtigung beider Geschlechter in Bezug auf ihre vermögensrechtliche Verfügungsgewalt hervorgeht. „Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere.“ Was aber die durch das Justizreformgesetz von 9. Juli 1889 in den Ostseeprovinzen eingeführte Reichszivilprozeßordnung anbelangt, so stimmen die von der Prozeßfähigkeit handelnden Artt. 17, 19 und 20 Bb. XVI d. Swobd. mit der von uns behaupteten Selbstständigkeit der großjährigen Jungfrauen in ihrer Prozeßführung aufs Beste überein. Darnach gehören letztere Personen nicht zur Klasse derjenigen, denen die allgemeine, Jedermann zustehende

Prozeßfähigkeit, wie sie in Art. 17 zit. ausgedrückt ist, mangelte, und werden daher von den Artt. 19 und 20, woselbst die einzelnen der selbstständigen Prozeßführung unfähigen Personen aufgezählt und in dieser Beziehung nur Minderjährige, unter Kuratel stehende Verschwender und mit geistigen oder körperlichen Gebrechen behaftete Personen genannt werden, gar nicht erwähnt. Art. 65 der Justiznovelle (I, A.) ändert aber auch nichts an der allgemeinen Prozeßfähigkeit großjähriger Jungfrauen, ja auch des ganzen weiblichen Geschlechts überhaupt und erscheint außerdem weniger als Abänderung, sondern vielmehr als bloße Ergänzung zu den Artt. 17, 19 und 21 der Zivilprozeßordnung, wiewohl die Motive zu Art. 65 treuherzig versichern, daß durch die dem örtlichen materiellen Recht entsprechenden Bestimmungen des Art. 20 der Regeln vom 28. Mai 1880 die Vorschriften der Artt. 17, 19 und 21 abgeändert würden. Unter diesem „örtlichen materiellen Recht“ können aber wohl nur die von Art. 65 der Justiznovelle zitierten Artt. 8, 9, 11, 12, 29—31, 41, 42, 207, 215, 216 und 509 Th. III des Prov. Rs verstanden sein, von denen gesagt wird, daß letztere bei Anwendung der Artt. 17, 19 und 20 zitt. der Zivilprozeßordnung zu beobachten seien. Von den angerufenen Artikeln aus dem Provinzialkodex beziehen sich aber die meisten auf die sogenannte Ehevogtei, kein einziger dagegen auf die Geschlechtskuratel der großjährigen Jungfrauen, d. h. die Artt. 512—515 finden sich unter denselben nicht. Folglich sind sowohl nach der Zivilprozeßordnung als auch nach dem unzweifelhaften Sinne des Art. 65 zit. der Justiznovelle großjährige Jungfrauen zur selbstständigen Prozeßführung befähigt und berechtigt. Von einer Abänderung des bisherigen Rechtszustandes d. h. von einer Wiedereinführung der kriegerischen Vormundschaft durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 kann daher keine Rede sein. Damit fällt auch der letzte von Ruppfer\*) gegen die Aufhebung der Kriegsvormundschaft über das weibliche Geschlecht überhaupt, also nicht nur über die Jungfrauen, sondern auch die Ehefrauen und Wittween geltendgemachte Einwand: man könne nicht erwarten, in dem lediglich Privatrecht enthaltenden Th. III des Prov. Rs vom J. 1864 die dem Prozeßrecht angehörende Frage der Gerichtsstandsfähigkeit berührt und behandelt zu finden, umsoweniger, als nach dem durch den Allerhöchsten Namentlichen Ukas vom 1. Juli 1845 festgestellten Modifikationsplan ein vierter, das Prozeßrecht enthaltender Theil der Provinzialgesetze zu erwarten wäre, der auch die Frage der Gerichtsstandsfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts, also gleichzeitig der Kriegsvogtei regeln müßte. — Daß aber auch die Ehefrauen oder Wittween durch jenes Gesetz d. h. die Justiznovelle in ihrer Prozeß-

\*) Vgl. dessen mehrfach zitierten Aufsatz in Jahrg. IV der Dorpater Zeitschrift S. 269.



fähigkeit nicht mehr beschränkt sind, als sie es vor 1889 waren, soll an einer späteren Stelle gezeigt werden. — Im Uebrigen ist auch an dieser Stelle wiederum zu betonen, daß nichts so sehr vermieden werden muß, wie zwischen dem materiellen Prozeßrecht und dem formellen Privatrecht einen prinzipiellen Gegensatz herrschen zu lassen, was der Fall sein würde, wenn man die kriegerische Vormundschaft über das weibliche Geschlecht zwar für den Zivilprozeß, nicht für aber das Privatrecht, oder umgekehrt zwar für Letzteres, nicht aber für den Zivilprozeß aufrechterhalten wollte \*).

Wenn jedoch — was nach dem Provinzialgesetzbuch jedenfalls nicht verboten sein dürfte — die Jungfrau eine Kauf-  
frau\*\*) ist d. h. selbstständig auf ihren Namen ein Handelsgewerbe betreibt, so ist die Fähigkeit derselben, alle das Handelsgewerbe betreffenden Rechtsstreitigkeiten selbstständig ohne Hilfe von dritter Seite zu führen, noch viel klarer (vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht Bd. II, S. 327, Baumeister, l. c. B. II, § 97, S. 213.) —

Somit erhalten wir als Resultat unserer Untersuchung, daß im Gegensatz zu der ersten, von Kupffer vertretenen Ansicht die Kriegsvogtei über unverehelichte großjährige Frauenpersonen — gleichgültig ob sie zum Bauerstande gehören oder nicht — heutzutage in den Ostseeprovinzen nicht mehr geltendes Recht ist, letztere also wie die großjährigen Männer ohne jegliche Mitwirkung eines Weirathes allein gerichtliche Handlungen mit voller Wirksamkeit vornehmen dürfen. —

B. Existiert die kriegerische Vormundschaft nach heutigem Provinzialrecht nicht wenigstens noch für die Ehefrauen?

Auch auf diese Frage muß man verneinend antworten. Mag die Chevogtei oder das ehemännliche Mundium über die Ehefrau auch nach anderer Seite hin auf die Dispositionsfreiheit derselben hinsichtlich des ihr gehörigen Vermögens einwirken, nach dieser Seite hin ist sie jedenfalls nicht beschränkt, sie bedarf also zur Vornahme prozeßualischer Handlungen keineswegs der ergänzenden Mitwirkung oder Beihülfe ihres Mannes; solche Handlungen sind im Gegen-

---

\*) Vgl. auch D. Schmidt: „Der ordentliche Zivilprozeß nach livländischem Landrecht“, § 16, S. 35, Note 18.

\*\*) Jedoch scheint in den alten provinziellen Quellen diese Ausnahmestellung der Kauffrauen nur bei verheiratheten Frauen, nicht auch bei Jungfrauen anerkannt worden zu sein. Wenigstens nehmen die einschlägigen Stellen — Bd. III, tit. 6, § 5 u. tit. 11 § 8, des Rügischen Stadtrechts, sowie Bd. I, tit. 10, Art. 1 und Bd. III, tit. 6, Artt. 13 und 21 des Lübschen Stadtrechts nur auf die verheirathete Frau Bezug

theil auch ohne jede ehemännliche Assistenz rechtswirksam. Die oben erwähnte eheliche Vormundschaft aber kann man nicht mehr als Geschlechtskuratel bezeichnen, da sie eben auf andern Prinzipien beruht und nicht ihren Grund darin hat, daß die bevormundete Person d. h. die Ehefrau weiblichen Geschlechts ist, und weil die Geschlechtskuratel als solche dem Th. III des Prov. R. überhaupt nur noch dem Namen nach bekannt ist. —

Die Richtigkeit dieser Sätze läßt sich an der Hand der Bestimmungen unserer Kodifikation über das eheliche Güterrecht erweisen.

Es scheint nun schon um der Bequemlichkeit willen ein sehr verführerischer Gedanke zu sein, die Gültigkeit der von der Ehefrau allein, ohne Mitwirkung oder Vertretung seitens des Ehemannes vorgenommenen prozessualischen Handlungen davon abhängig zu machen, ob diejenigen Vermögenswerthe, um derenwillen der Prozeß von der Frau als Klägerin oder Beklagte geführt wird, zu dem von jeglicher Einwirkung und Disposition, ja überhaupt jeglicher ehewormundschaftlicher Verwaltung oder Nutznießung befreiten Frauengut gehören, außerdem aber noch den Fall der Kauf- oder Handelsfrau hierher zu ziehen, die sich als solche mit Genehmigung des Ehemannes selbstständig etabliert hat, denn in diesem Falle haftet nach Art. 92 und 104 Th. III des Prov. R. für die von ihr kontrahierten Schulden nicht nur ihr Sondergut, sondern auch das gesammte in der Gütergemeinschaft befindliche Vermögen, eine Folge des Satzes, daß der gedachte Art. 92 die Kauffrau zu „allen das Handelsgeschäft betreffenden Handlungen und Verfügungen“ berechtigt\*). Da nun hiernach das Sondergut der

\*) Es ist also diese die Kauffrau betreffende Ausnahme — mag es sich nun um Prozeßhandlungen oder Rechtsgeschäfte handeln, oder mag die Kauffrau Ehefrau oder Wittwee sein — auf diejenigen Fälle zu beschränken, die sich auf das Handelsgeschäft der Frau beziehen. In allen andern Fällen ist die Kauffrau in ihrer Handlungsfähigkeit ebenso gestellt wie jede andere Ehefrau oder Wittwee. Sie wird also z. B. wenn sie ihr gehörige Immobilien veräußern will, falls das Veräußerungsgeschäft sich nicht auf das von ihr betriebene Handelsgewerbe bezieht, die Genehmigung des Mannes resp. der Kinder trotzdem einzuholen haben. An einer solchen strikten Auslegung der Art. 92 und 104 läßt der Wortlaut derselben keinen Zweifel zu, vgl. für das gemeine deutsche Priv. R. besonders Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, S. 326 n. S. 572 ff. Endemann, Das deutsche Handelsrecht (3. Aufl. 1876) § 23 S. 10 u. Baumeister l. c. S. 213. — Uebrigens ist auch nach Prov. R. die Zustimmung des Mannes zum Handelsbetriebe der Frau auf eigenen Namen unbedingte Voraussetzung für die Gültigkeit der von ihr in Bezug auf letzteres selbstständig vorgenommenen Rechtsgeschäfte, vgl. auch für das gemeine deutsche Recht Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, S. 584. Es dürfte mithin der Ehemann berechtigt sein, eine solche Genehmigung der Frau eventuell zu versagen, wie aus der bedingten Fassung des Art. 92:

„... wenn die Frau mit Genehmigung des Mannes sich selbstständig als Kauf- oder Handelsfrau etabliert.“  
und des Art. 104:

Frau nach allen Statutarrechten ihrer freien Verfügung unterliegt, sowohl nach Land- als auch nach Stadtrecht\*), ohne daß der Ehemann irgend ein Recht daran hat\*\*), dagegen alles sonstige Vermögen der Frau, so z. B. die Illaten unter der regelmäßig auch die Nutznießung umfassenden Herrschaft und Verwaltung des Ehemannes steht\*\*\*) — Befugnisse, die sich bei der Gütergemeinschaft des libländischen Stadtrechts bis

„... wenn sie mit des Ehemannes Genehmigung ein selbstständiges Handelsgewerbe betreibt.“

hervorgehen möchte. Denn die selbstständige Führung eines Handelsgeschäftes seitens der Ehefrau mit den damit verbundenen Verlustchancen ist geeignet, die Nutznießungs- resp. Verwaltungsrechte des Ehemannes am Frauengut unter Umständen bedeutend zu beeinträchtigen. Und andererseits würde durch einen solchen Betrieb die Frau verhindert werden, sich dem Hauswesen resp. den häuslichen Geschäften zu widmen, wozu sie laut Art. 8 P. 3 Th. III des Prov. R. verpflichtet ist. [Vgl. auch für das deutsche Recht Gareis: „Das deutsche Handelsrecht“ (7. Aufl. 1903), § 12, S. 48.] — Die nicht an eine besondere Form geknüpfte Genehmigung des Mannes kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. wenn letzterer keinen Einspruch gegen den Handelsbetrieb der Frau erhebt und ein solcher auch aus konfludenten Fakten nicht zu folgern ist, vgl. Gareis, l. c. S. 49. — Ueber den Mißbrauch des Verbotungsrechts kann sich die Frau beim Richter beschweren, der dann nach Prüfung der konkreten Sachlage die Erlaubnis zum selbstständigen Handelsbetrieb, die der Mann ohne zureichende Gründe verweigert, von sich aus supplieren darf. — Uebrigens bedeutet bloße Genehmigung des Mannes zur Lösung eines Handels- oder Gewerbescheines noch keineswegs Erlaubnis zum selbstständigen Handelsbetriebe und macht an und für sich die Frau noch nicht zur Handelsfrau im Sinne des Prov. R. Vielmehr muß ein faktischer, vom Mann genehmigter Handelsbetrieb seitens der Ehefrau und zwar ein solcher auf eigenem Namen vorliegen. [Vgl. auch Cosack: „Lehrbuch des Handelsrechts“ (1903) § 11, S. 38.] Betreibt die Frau ein Handelsgeschäft trotz des Verbotes des Mannes, so ist sie nicht Handelsfrau im Sinne des Provinzialgesetzbuches und nimmt in güterrechtlicher Hinsicht ihrem Mann gegenüber sowie überhaupt in Bezug auf ihre Geschäftsfähigkeit keine bevorzugtere Stellung ein als jede andere Ehefrau. (So auch im Ganzen Cosack, l. c. S. 40). — War aber die Genehmigung zum selbstständigen Handelsbetriebe vom Manne erteilt oder ward letzterer von ihm stillschweigend geduldet resp. hinterher genehmigt, so wäre es ein Nonsens, nun doch die Gültigkeit der einzelnen, von der Frau im Bereiche ihres Handelsbetriebes getroffenen Verfügungen, wie z. B. Kontrahierung von Schulden für das Handelsgeschäft zc. an die spezielle Zustimmung resp. Mitwirkung des Mannes zu knüpfen. Denn diese Zustimmung hatte er eben ein für allemal durch die Erlaubnißerteilung zur Eröffnung und zum Betriebe des Handelsgeschäfts oder durch die Ratihabition desselben generell d. h. ein für allemal erteilt. — Die Genehmigung des einzelnen Rechtsgeschäfts kann also deshalb mit Fug und Recht präsumiert werden.

\*) Vgl. Artt. 12, 27, 28, 54, 81 P. 2, 89, 97 u. 105 Th. III des Prov. R. —

\*\*) Eine Ausnahme bildet nur der Fall, daß die Frau ohne Einwilligung des Ehemannes ihr unbewegliches Sondergut weder veräußern noch verpfänden kann, derartige Verbindungschriften vielmehr zu ihrer vollen Gültigkeit der Mitunterzeichnung des Ehemannes bedürfen, vgl. Art. 29 Th. III des Prov. R.

\*\*\*) Vgl. Artt. 12, 41, 42, 44, 46, 71, 82, 84 u. 96 Th. III des Prov. R.

zur Haftung der Gesamtmasse, also auch des Frauengutes, für die Schulden des Ehemannes steigern \*) — so erscheint es in der That sehr natürlich und ist eine überaus verführerische Schlußfolgerung, die Fähigkeit der Frau, allein, ohne Mitwirkung resp. ohne Vertretung durch ihren Mann rechtsgültige Prozeßhandlungen vorzunehmen, anzuerkennen, wenn Gegenstand des Prozeßes ihr *Sondergut*\*\*) ist, und zu leugnen, wenn sich der Prozeß um ihr gehörige Vermögensstücke dreht, die innerhalb der ehemännlichen Mundialsphäre liegen, also beispielsweise von der Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts oder des Rechts der liv- und esthländischen Landgeistlichkeit ergriffen sind. Und ebenso natürlich würde sich die Prozeßfähigkeit der Kauf- und Handelsfrau unter den in Artt. 92 und 104 gegebenen Voraussetzungen ergeben. Diesen Weg beschreitet auch wirklich Th. v. Bunge l. c., der die Prozeßfähigkeit der Ehefrau nur zuläßt, wenn sie mit Einwilligung des Ehemannes sich selbstständig als Kauf- oder Handelsfrau etabliert hat oder wenn Gegenstand des Rechtsstreites ein ihr gehöriges Sondergut ist. —

So richtig es nun auch ist, die Prozeßfähigkeit der Ehefrau für diese letztgenannten Fälle anzuerkennen\*\*\*), so falsch wäre es auf der anderen Seite, dieselbe bloß auf die angegebenen Fälle zu beschränken, in allen anderen dagegen die friegerische Vormundschaft in der Person des Ehemannes als zur Gültigkeit ihrer Prozeßhandlungen erforderlich hinzustellen. Es wäre ein Irrthum, der von der Lösung unseres Problems noch weiter abführen würde, wenn man die Selbstständigkeit der ehefräulichen Prozeßfähigkeit von Maß und Umfang derjenigen Befugnisse abhängig machen wollte, die der Ehefrau in Bezug auf das ihr gehörige Vermögen nach dem jeweiligen statutarrechtlichen Güterrecht zustehen und die Grenzen ihrer allgemeinen Geschäftsfähigkeit — und ebenso auch ihrer Prozeßfähigkeit — in der die Herrschaft, Verwaltung und Nutznießung umfassenden ehemännlichen Vormundschaft (Ehevogtei) über das Vermögen der Frau suchen würde. Vor Allem ist nämlich daran zu erinnern, daß es Fälle giebt, wo der von der Ehefrau zu führende oder geführte Prozeß in gar keiner Beziehung zu ihrem Vermögen steht, ja überhaupt mit dem Vermögen gar nichts zu thun hat. Derartiges findet namentlich statt, wenn die Frau einen Injurienprozeß ziviliter anstrengen will oder wenn sie auf

\*) Vgl. Art. 85 Th. III des Prov. Rs.

\*\*) Für das gemeine deutsche Privatrecht wird die Prozeßstandschaft der Ehefrau auch bei den ihr Sondergut betreffenden Rechtsstreitigkeiten gelehrt von Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 329 f., der übrigens an die von der Frau allein vorgenommenen Prozeßhandlungen keineswegs Nichtigkeit knüpfen will. —

\*\*\*) Wozu auch Erdmann, System Bd. I, S. 767, Note 1, hinzusetzen scheint.

Bestellung ein Bild für Jemand gemalt oder einen Lieferungsvertrag auf eigenen Hand abgeschlossen hat, und nun aus diesen Rechtsverhältnissen ein Prozeß entsteht. In allen diesen Fällen ist eine Beziehung zum Vermögen der Frau — oder zur Gesamtmasse, falls Gütergemeinschaft stattfindet — zweifellos nicht gegeben, wenigstens ganz gewiß keine direkte. Es liegt also keine Veranlassung vor, in den eben genannten Fällen die prozessualische Mitwirkung des Ehemannes zu verlangen, der als kriegerischer Vormund die Ehefrau in allen ihren Prozeßhandlungen zu unterstützen oder solche sogar unter Ausschluß der Frau allein vorzunehmen hätte. Einen indirekten Beweis hierfür liefert Art. 8, §. 4 und 5 Th. III des Prov. Rz, woselbst der Ehemann als vermutheter Anwalt und ehelicher Beirath der Frau bezeichnet wird, der als solcher zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung ihrer Gerechtsame und zur gerichtlichen Verfolgung von gegen sie begangenen Verbrechen und Vergehen berechtigt sei\*). Denn wenn auch hiernach der Mann als der präsumtive Anwalt der Frau unzweifelhaft den Injurienprozeß nicht bloß zusammen mit der Ehefrau, als deren Beirath, sondern auch allein, für letztere führen kann\*\*), so darf dabei doch der in dieser Frage so überaus wichtige Umstand nicht übersehen werden, daß es sich hier bloß um ein Recht, nicht um eine Pflicht des Ehemannes\*\*\*), und zwar auch nicht einmal um ein die selbstständige Prozeßführung der Frau ausschließendes Recht handelt. Was aber die Frau so durch ihren Mann thun kann, das kann sie auch allein thun, da er doch nur ihr präsumtiver Anwalt ist†). Man kann daher über den Einwand Rupffers l. c. S. 265, daß aus dem der Ehefrau zustehenden Recht, ohne Vorwissen des Mannes Schulden zu kontrahieren, unmöglich auf Antiquierung der ehemännlichen Kriegsvogtei geschlossen werden dürfte, da ja Beides schon 200 Jahre früher friedlich nebeneinander bestanden habe, ohne sich gegenseitig auszuschließen, um so eher zur Tagesordnung übergehen, als die prozessualische Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann resp. die bloße Hinzuziehung desselben als ehelichen Assistenten gerade auch auf Seiten der Ehefrau ein

\*) So auch für das frühere deutsche Recht Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. § 75, S. 329 f. —

\*\*) Injurienprozesse der Frau kann der Mann sogar *proprio nomine* führen, da er in der Person der Frau mit beleidigt ist, vgl. Erdmann, System, Bd. I, S. 367. — Wie übrigens schon Kraut l. c. Bd. II, S. 331 bemerkt, beruht die Befugniß des Ehemannes, etwaige seiner Frau zugefügte Injurien *proprio nomine* auszulagen, auf römischem Recht, erscheint also nicht etwa als spezifischer Ausfluß des deutschrechtlichen Ehemundtums. —

\*\*\*) Obwohl die Sache vielfach so aufgefaßt wird, wenigstens in der Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts, vgl. Maurenbrecher, l. c. Bd. II, S. 198, Hillebrand, l. c. § 179, S. 666. —

†) So auch Erdmann, System, Bd. I, S. 366. —

bloßes Recht, nicht aber eine Pflicht ist, dabei indeß ein Recht, dem auf Seiten des Ehemannes im Zweifel keineswegs eine ipso jure bestehende Pflicht entspricht d. h. wenn die Frau kein diesbezügliches Anverlangen an den Mann stellt, so besteht für ihn auch keinerlei gesetzliche Pflicht, die Ehefrau prozessualisch zu vertreten. Allein wenn sie es will und ihren dahingehenden Willen äußert oder wenn sie zur Vornahme prozessualischer Handlungen persönlich unfähig ist, mit andern Worten: wenn die Voraussetzung des Art. 9 Th. III des Prov. Rs vorliegt d. h. die Ehefrau Schutz und Beistand in ihren jeweiligen Rechtsangelegenheiten vom Ehemann ausdrücklich verlangt oder wenn sie zur prozessualischen Vertretung ihrer Sache unvernünftig z. B. schwer erkrankt oder abwesend ist, dürfte es sich auf seiner Seite allerdings um eine juristische Pflicht handeln, die ihn zur prozessualen Vertretung oder Mitwirkung verbindet. Mangels dieser Voraussetzungen aber besteht keine gesetzliche Pflicht des Ehemannes zur prozessualischen Vertretung der Frau. — Abgesehen von diesem Fall liegt dagegen die Bedeutung, das praktische Schwergewicht des zit. Art. 9 Th. III des Prov. Rs darin, daß die Frau sich durch den Mann im Prozeßfall vertreten resp. sich assistieren lassen kann, ohne daß letzterer einer besonderen formellen Prozeßvollmacht seitens der Frau bedarf. Dies ist der springende Punkt in unserer Lehre, von dem aus die vermeintliche kriegerische Vormundschaft über die Ehefrauen erst in ihrem wahren Licht erscheint, von wo aus der Hebel gegen die von Ruppfer, Th. v. Bunge und O. Schmidt vertretenen Ansichten wirksamst angelegt werden kann. Art. 8 zit. will weiter nichts als das sagen, daß für die Anwaltschaft und Prozeßlegitimation des Ehemannes, der im Prozeß der Frau für letztere gerichtliche Handlungen vornimmt oder ihr in der Vornahme solcher als Beirath assistiert, schon eine gesetzliche Vermuthung spricht. Praktische Bedeutung hat solches insofern, als das Gericht nicht berechtigt ist, vom vortretenden Ehemann eine formelle von der Frau ausgestellte Prozeßvollmacht zu verlangen, sondern bloß darauf zu sehen hat, daß der Ehemann einen gesetzlichen Nachweis über die zwischen ihm und der beklagten resp. klägerischen Ehefrau bestehende Ehe erbringt, also etwa seinen Trauschein produziert. Daß nur dies der Sinn des Art. 8, B. 4 zit. sein kann, beweist auch Art. 42 Th. III des Prov. Rs. Derselbe gewährt nämlich unter Anderem dem Ehemann nach kurländischem Recht und liv- und ehstländischem Landrecht das Recht, alle gerichtlichen und außergerichtlichen Schritte zur Sicherstellung und Vertheidigung des Frauengutes für seine Kosten zu thun, ohne dazu einer ausdrücklichen Vollmacht der Ehefrau zu bedürfen\*). Eine diesem Recht des Ehe-

\*) Erdmann, Güterrecht S. 45 und 46. — Für das gemeine deutsche Priv. R. vgl. man Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexikon, B. XII sub voce

mannes korrespondierende Pflicht auf der andern Seite ließe sich für die Person der Ehefrau höchstens insofern konstruieren, als sie die vom Ehemann in ihren Angelegenheiten vorgenommenen prozessualischen Handlungen aus dem Grunde allein, weil er ohne Prozeßvollmacht gehandelt habe, keineswegs annullieren darf, woher denn auch das Gericht garnicht berechtigt ist, ihren diesbezüglichen auf Annullierung des vom Ehemann geführten Prozesses resp. seiner einzelnen Prozeßhandlungen gestellten Anträgen Folge zu geben. Die Frau muß also alle von ihrem Mann unternommenen gerichtlichen Schritte für und gegen sich gelten lassen, unbeschadet allerdings des Rechts, für das Frauengut eventuell schädigende, offenbar nachlässige Handlungen oder schuldhafte Unterlassungen vom Ehemann Ersatz zu fordern, beziehungsweise gegen dieselben zu protestieren oder Restitution dagegen zu verlangen\*).

Auf Seiten des Gerichts dagegen entspricht dem in Art. 8 B. 4 und Art. 42 statuierten, aus dem ehemännlichen Mundium herrührenden Rechte die Pflicht, den vom Ehemann produzierten, formell fehlerlosen Trauschein als genügende Prozeßlegitimation zu akzeptieren, ohne von letzterem eine besondere, seitens der Ehefrau ihm ausgestellte Prozeßvollmacht zu verlangen, und dieses letztere Recht hat dem Gericht gegenüber natürlich auch die Ehefrau. Wenn aber in der Praxis die Frau dem Mann in der Regel eine besondere Prozeßvollmacht dennoch ausstellt — wozu sie ja unzweifelhaft das Recht haben dürfte — so beruht das in den meisten Fällen wohl darauf, daß der Trauschein, der vom Ehepaar nach einer leidigen Sitte gewöhnlich nicht gleich nach der Trauung, sondern häufig erst viel später herausgenommen wird (so z. B. bei Erbschaftsangelegenheiten), in vielen Fällen nicht zur Hand oder anderweitig nöthig ist. —

Nur in dem Sinne also, daß die gesetzlich vermuthete Anwaltschaft des Mannes die Frau der Berechtigung, ihre Prozesse selbstständig, ohne Mitwirkung ihres Mannes resp. ohne Vertretung durch letztern und ohne jede Beihülfe eines Dritten zu führen, in keiner Hinsicht beraubt noch sie darin auch bloß schmälert, sind die gedachten Artt. 8, B. 4 und 42 Th. III des Prov. R. zu verstehen. Es kann der Frau also dementsprechend auch nicht verwehrt sein, die Führung ihres Rechtsstreites einem Dritten, möglicherweise einem ganz Fremden zu übertragen. Ebensowenig aber kann man auf Grund der soeben zitierten Artikel etwa daran denken, dem diesbezüglichen Recht des Ehemannes zur Vertretung der Frau auch eine Vertretungspflicht gegenüberzustellen, denn der Ehemann ist eben nicht mehr Geschlechtsvormund, sondern Ehevormund\*\*).

„Vormundschaftsrecht“ S. 544 f. u. Annde: „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts“ (3. Aufl. 1801) § 584, S. 514 und dessen „Eheliches Güterrecht“, § 168.

\*) Vgl. Art. 52 Th. III des Prov. R.

\*\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, § 2, S. 48, Note 323.

gemäß, wie vorhin erwähnt, nur um ein Recht, nicht um eine Pflicht des Ehemannes zur Vertretung. Alles das verkennt Kupffer l. c. S. 261 ff., der in offenbar irrthümlicher Auslegung des Art. 8, P. 4 und unter gänzlicher Ignorierung des Art. 42 zitiert die präsumtive Anwalt- resp. Beirathschafft des Mannes nicht nur zu einer jeden Anderen — und wohl auch die Ehefrau — ausschließenden Vertretung, sondern sogar zu einer ihm der Frau gegenüber obliegenden Pflicht stempeln will \*). — Auch die Bestimmungen des durch die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 auf die Ostseeprovinzen ausgedehnten Reichsprozesses nennen unter den der selbstständigen Prozeßführung unfähigen Personen Ehefrauen jedenfalls nicht, und wenn I A Art. 65 dieser Novelle unter den bei Anwendung der Artt. 17, 19 und 20 der Reichszivilprozeßordnung zu beobachtenden Bestimmungen des besonderen ostseeprovinziellen Privatrechts neben anderen Artikeln auch die mehrfach erwähnten Artt. 8 P. 4 und 42 nennt, so soll damit offenbar nur gesagt sein, daß der Richter, falls ein Ehemann in dem seine Frau angehenden Rechtsstreite in ihrem Namen prozessualisch thätig wird, die gedachten Artt. der Kodifikation, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, zu berücksichtigen und nach Maßgabe derselben ihn als den präsumtiven Anwalt der Frau, also als Parthei zuzulassen hätte, auch wenn er keine von der Frau ausgestellte Vollmacht besäße. Dieses Gesetz will eben nur den Satz in Erinnerung bringen, daß der Mann schon kraft Gesetzes die Frau im Rechtsstreite vertreten kann, daß aber die Frau den Rechtsstreit auch allein, ohne ihren Mann, rechtsgültig führen kann, und nichts liegt ihm ferner, als damit der obligatorischen kriegerischen Vormundschaft des Mannes über seine Frau das Wort zu reden oder gar etwa die verheiratheten Frauen, was ihre Prozeßstandschafft anbelangt, in eine Linie mit denjenigen Personen zu stellen, die nach den von ihm zitierten Artt. 17, 19 und 20 der Reichszivilprozeßordnung der Prozeßfähigkeit überhaupt beraubt sind, wie z. B. Minderjährige, unter Kuratel gestellte Verschwencker 2c. Nirgends sagt das Provinzialrecht, daß verheirathete Frauen,

\*) Abs. 1 des Art. 42 spricht allerdings davon, daß der Ehemann nicht nur berechtigt, sonder auch verpflichtet sei, alle zur Erhaltung und ordnungsgemäßen Benutzung des Frauenvermögens erforderlichen Maßnahmen zu treffen, allein einmal ist es zweifelhaft, ob sich das auch auf die, sonst allerdings auch die Erhaltung des Frauenvermögens betreffende prozessualische Vertretung bezieht, von der erst im zweiten Absatz und daselbst auch nur als eines dem Mann zustehenden Rechts, nicht einer Pflicht die Rede ist. Wer trotzdem auch Abs. 1 auf die prozessuale Vertretung beziehen will, könnte dabei sehr wohl an die vorhin erwähnten Fälle denken, wo die Frau vom Manne eine solche Vertretung verlangt oder wo sie selbst nicht handeln kann. — Das Wahrscheinlichste aber ist, daß der erste Absatz des Art. 42 sich nur auf Verfügungs- geschäfte des Mannes über Zillatengut der Frau bezieht, wo es ganz natürlich ist, daß dem Manne als dem ausschließlich zur Nutznießung und Verwaltung Berechtigten auch die Pflicht der ordnungsgemäßen Erhaltung obliegt.



namentlich wenn sie großjährig sind, in der angegebenen Beziehung oder in ihrer allgemeinen Handlungs- und Geschäftsfähigkeit jenen Personen gleichgestellt seien, nirgends ordnet es den großjährigen verheiratheten oder unverheiratheten Frauenspersonen einen ständigen oder temporären, nur für bestimmte Fälle eintretenden Vormund oder Kurator an. —

Auch aus dem lib-, esth- und furländischen Bauerrecht läßt sich die Unbeschränktheit der Ehefrau hinsichtlich der selbstständigen Führung ihrer Rechtsfreitigkeiten in ganz derselben Weise, wie das hinsichtlich der unverheiratheten Personen weiblichen Geschlechts geschehen ist, erweisen, und zwar mittelst Kombination der uns bereits bekannten §§ 778 B. 3 der libländischen, § 901 der esthländischen und 377 B. 3 der furländischen Bauerverordnung mit dem Th. III des Prov. Rs sowie mit dem gleichfalls schon näher behandelten Art. 5, I, A II der Justiznovelle vom 9. Juli 1889. Denn obwohl jene §§ der Bauerverordnungen nicht nur auf die unverheiratheten großjährigen Frauenspersonen, sondern ebenso auch auf die Ehefrauen bäuerlichen Standes Bezug nehmen und alle drei darin übereinstimmen, daß Ehefrauen nur unter Assistenz ihrer Ehemänner Klage erheben und Prozesse betreiben dürfen und obwohl für die lib- und esthländische Bauerverordnung noch ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß die Ehemänner in diesen Fällen ihre Frauen prozessualisch vertreten müssen, nicht bloß dürfen, so ist erstens das alles doch nur singuläres, nur für Bauern geltendes Recht, zweitens von der Modifikation vom J. 1864 weder im Allgemeinen, noch speziell für das Bauerprivatrecht rezipiert worden — wie auch nirgends, in keinem Artikel die angezogenen §§ unter den Quellenzitaten genannt werden — und drittens durch Art. 5 zit. I, A II der Justiznovelle jedenfalls beseitigt worden. Ausdrücklich nämlich sagt der Schlußsatz dieses Artikels:

„Für Ehefrauen können ihre Männer ohne besondere Ermächtigung den Prozeß führen.“

Wie daraus einmal die Richtigkeit der von uns verteidigten Ansicht erhellt, daß die praktische Seite der für die Anwaltschaft des Ehemannes in Prozeßangelegenheiten seiner Frau sprechenden gesetzlichen Präsuntion eben darin besteht, daß jener einer besonderen, von der Frau ausgestellten Vollmacht, die ein Dritter allerdings nöthig hätte, nicht bedarf\*), so beweist der gedachte Artikel andererseits, daß es sich hierbei nur um ein dem Ehemann zustehendes Recht von der im Vor-

\*) Vgl. auch G ü r g e n s, Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, S. 96.

hergehenden angegebenen Beschaffenheit d. h. um ein Recht handelt, dem eine allgemeine Pflicht auf Seiten der Ehefrau nicht gegenübersteht. Und da Art. 5 zit. unter den der Prozeßfähigkeit beraubten Personen, wie wir bereits gesehen haben, die Ehefrauen nicht anführt, so hat man umsoweniger Grund, die völlige Prozeßfähigkeit der Ehefrau nach heutigem Bauerrecht irgendwie in Zweifel zu stellen, somit also die krieglerische Vormundschaft in diesem Fall aufrechtzuerhalten. Daß man dem zitierten Art. 5 nur diesen und keinen andern Sinn unterlegen kann, daß der Gesetzgeber selbst diese gesetzliche Bestimmung nur in dem angegebenen Sinn verstanden wissen wollte, zeigen auch die Motive zu letzterer, wo es am Schluß wörtlich heißt:

„Ferner ist in dem Art. 5 die Beschränkung der Ehefrauen in dem Rechte der Prozeßführung nicht aufgenommen worden.“

Da man aber nicht voraussetzen kann, der Gesetzgeber habe Personen bürgerlichen Standes, die er doch sonst in somander Hinsicht ungünstiger als die nicht zum bürgerlichen Stande gehörigen Personen behandelt, gerade in diesem Fall günstiger stellen, ihnen also eine größere rechtliche Freiheit als anderen Person einräumen wollen, so darf man ebensowenig annehmen, daß es in seiner Absicht gelegen haben könne, in Art. 5 zit. nur etwas auf das Bauerrecht Bezügliches zu statuieren und die obligatorische krieglerische Vormundschaft über Ehefrauen etwa nur für die dem Bauerrecht unterliegenden Personen aufzuheben, für das allgemeine ostseeprovinzielle Privatrecht des Th. III dagegen beizubehalten. Daraus folgt auch für das allgemeine baltische Privatrecht die unbeschränkte Prozeßfähigkeit jeder Ehefrau, wes Standes sie auch immer sein möge, somit also die totale Aufhebung der krieglerischen Vormundschaft des Ehemannes über die Frau. Eine genauere Umschau im Provinzialgesetzbuch fördert auch nur diesem Resultat Günstiges zu Tage, ja es erscheint bei genauere Prüfung mehrerer das eheliche Güterrecht betreffender Artikel geradezu unbegreiflich, wie man — ganz abgesehen von den aus der Justiznovelle vom J. 1889 hergenommenen Beweisen — angesichts jener Gesetze die Aufrechterhaltung der obligatorischen krieglerischen Vormundschaft, die der Ehemann kraft seiner ehelichen Vorgesewalt über seine Frau ausüben solle, noch weiter vertheidigen kann und in der nach dieser Richtung hin dem Manne gebührenden Anwalt- resp. Weirathschaft etwas anderes als eine gesetzliche, die Freiheit der Ehefrau in keiner Weise alterierende Vermuthung erblicken will, die den Ehemann bis zum Beweise des Gegentheils, nämlich des ausdrücklich verlautharten Willens der Frau, ihrem Mann die Führung des obschwebenden oder zu beginnenden Rechtsstreites zu

unterlagen, seine Anwaltschaft also abzulehnen, berechtigt, den Rechtsstreit auch ohne besonders hierzu ausgestellte Vollmacht zu führen. Es ist in dieser Beziehung besonders auf diejenigen Artikel des Provinzialgesetzbuches hinzuweisen, die davon sprechen, daß die von der Ehefrau während der Ehe kontrahierten Schulden das der ehemännlichen Herrschaft, Verwaltung und Nutznießung unterliegende Frauengut nicht zu alterieren vermögen. So ist es z. B. auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts oberstes Prinzip des livländischen Stadtrechts, daß die Gesamtmasse d. h. das zur Gütergemeinschaft vereinigte Vermögen beider Ehegatten, mithin also auch das Frauengut für die Schulden der Ehefrau, die von ihr kontrahiert worden sind, nicht haftet. Das wird in unzweideutig klarer Weise in Art. 91 Th. III des Prov. R. ausgesprochen, woselbst gesagt wird, daß der Mann „anderweitige“ Schulden, die von der Ehefrau während der Ehe kontrahiert wurden d. h. voreheliche und Deliktsschulden in keinem Fall anzuerkennen oder zu bezahlen brauche, daß es den Gläubigern aber unbenommen bleibe, sich an das Sondergut der Ehefrau oder nach Auflösung der Ehe auch an ihr sonstiges Vermögen zu halten, das ja nunmehr von jeder ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung befreit ist. Dasselbe Prinzip wiederholen Artikel 55 und 103 für das kurländische Recht, das liv- und esthländische Landrecht und das esthländische Stadtrecht. — Es ist sodann namentlich an die von der Hausfrau im Bereich des inneren Hauswesens zu ihrem und ihrer Familienglieder Bedarf gemachten Schulden resp. abgeschlossenen Verträge\*), an die in „echter“ d. h. dringender Noth oder im Auftrage resp. zum Besten des Mannes kontrahierten (d. h. ihn bereichernden) Schulden (vgl. Art. 56), sowie endlich an den Fall der Kauf- oder Handelsfrau nach liv- und esthländischem Stadtrecht (Artt. 92 104), falls sich die Ehefrau als solche d. h. als Kauf- resp. Handelsfrau mit Genehmigung des Mannes etabliert hat, zu erinnern, in welchem letzteren Fall sogar das in der Gütergemeinschaft befangene Gut für die von der Frau in Beziehung auf das Handelsgeschäft kontrahierten Schulden resp. Verträge verhaftet wird. — Andere Artikel handeln von den Deliktsschulden der Frau und lassen für diese vornächst ihr Sondergut, darnach aber ihr sonstiges Vermögen, nach livländischem Stadtrecht also auch das in der Gütergemein-

---

\*) Vgl. Napieršky: „Die Morgengabe des rigischen Rechts“. (Mitau 1842), S. 11. — Nach Hillebrand l. c. § 184, S. 679 muß der Mann in diesem Fall sogar mit seinem eigenen Vermögen aufkommen (wobei aber offenbar nur an eine subsidiäre Haftung gedacht ist), vgl. auch Maurenbrecher, l. c. Bd. II, § 548, S. 241 f.; Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 557. —

schaft begriffene (Vgl. Artt. 57, 90 und 103 Th. III des Prov. Rs) resp. der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung unterliegende Vermögen haften \*). Daraus folgt aber unwiderleglich, daß der Ehefrau nicht eo ipso die Handlungsfähigkeit fehlt, daß sie vielmehr das Recht haben muß, auch ohne Vorwissen, Einwilligung und Mitwirkung ihres Mannes sie selbst persönlich obligierende Schulden zu kontrahieren\*\*), Verträge zu schließen und Rechtsgeschäfte einzugehen, und daß dies Alles an und für sich vollkommen rechtswirksame Akte sind\*\*\*). Jene Artikel setzen demnach die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit der Ehefrau geradezu voraus. Entgegengesetztenfalls hätte es absolut keinen Sinn, von Schulden der Ehefrau, die sie während der Ehe kontrahiert hat oder die aus von ihr eingegangenen Rechtsgeschäften originieren, zu sprechen, da derartige Verbindlichkeiten eben schon an und für sich keinen rechtlichen Bestand hätten†). — So wie z. B. nichts die Ehefrau hindern kann, ein Darlehn aufzunehmen, so kann sie auch nichts hindern, aus einem solchen Rechtsgeschäfte auch ohne ehemännliche Assistenz als Beklagte aufzutreten und gestattet man ihr erst überhaupt auch ohne Zustimmung des Mannes rechtsgiltige Geschäfte einzugehen, so kann ihr auch nicht verwehrt sein, die aus solchen Rechtsverhältnissen erwachsenen Rechtsstreitigkeiten selbstständig und ohne einer Vertretung seitens ihres Ehemannes oder auch nur einer prozessualischen Mitwirkung desselben zu bedürfen; als Klägerin oder Beklagte durchzuführen. Ob das Rechtsgeschäft das Sondergut der Ehefrau oder ihr gehörige, der ehemännlichen Nutznießung oder Verwaltung unterliegende Vermögensstücke betrifft, ist absolut gleichgültig. Denn wie beschaffen auch die Disposition der Ehefrau sein und welchen Ausgang auch immer der von letzterer allein geführte Rechtsstreit nehmen mag, ob die Ehefrau denselben verliert oder gewinnt, in keinem Fall können die dem Ehemann kraft seines Mundiums am Frauengut gebührenden Rechte dadurch irgendwie beeinträchtigt werden††). Die Frau allein und kein Anderer sonst steht für die aus dem Rechtsstreit erwachsenden Verbindlichkeiten, wie z. B. Prozeßkosten, Zinsen und Weilverrenten im Unterliegensfalle ein. Denn dies Alles ist überall nur Accessorium des Rechtsverhältnisses und wächst demselben bloß zu. Was aber von dem Rechtsverhältnis selbst gilt, muß auch für Alles

\*) Vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bb. II, § 87, S. 418 ff. u. 555 f., Hillebrand, l. c. § 184, S. 676 f., Maurenbrecher, l. c. Bb. II, § 548.

\*\*) Ausdrücklich anerkannt wird das in einem Appellationserkenntnis des Riga'schen Rathes von 22. April 1881 sub N. 2687 (Cfr. Zwingmann, zivilrechtl. Entsch., Bb. VI [1883], S. 95, N. 1009).

\*\*\*) So auch wohl Kraut, Vormundschaftsrecht, Bb. II, § 86, S. 405—418.

†) Vgl. auch Gürgens l. c. § 29, S. 98. —

††) Cfr. Gürgens, S. 98.

das gelten, was als Accessorium desselben erscheint. Natürlich kann Niemand gezwungen werden, mit einer Ehefrau ohne Hinzuziehung des Ehemannes zu kontrahieren. Wer es aber einmal gethan hat, wer z. B. der Ehefrau ohne Vorwissen oder Genehmigung des Mannes ein Darlehn giebt oder sich mit ihr in einen Rechtsstreit eingelassen hat, der hat es einzig und allein mit der Frau zu thun, der kann sich dieserhalb sowie seiner Zinsen, Weilverrenten und etwaigen Prozeßkosten wegen nur an die Frau, nicht auch an den Mann halten, und kommt er bei dieser Gelegenheit zu kurz, so hat er das seiner eigenen Unachtsamkeit zuzuschreiben, die ihn dazu veranlaßte, sich nicht gehörig vorzusehen, mit wem er kontrahierte und prozeßierte und nicht zu bedenken, welche Folgen das für ihn haben könnte. Da also die dem Ehemann an dem nicht zum Sondergut gehörigen Frauengut kraft seiner ehelichen Vormundschaft gebührenden Rechte, als da vorzugsweise sind: Nukzierung und Verwaltung, schon eo ipso durch keinerlei Handlungen der Ehefrau alteriert werden können, so braucht man umsoweniger Bedenken zu tragen, der Frau ebenso wie dem Mann unbegrenzte Gerichtsstandsfähigkeit einzuräumen und demgemäß alle von ihr vorgenommenen Prozeßhandlungen als vollgültig geschehen anzuerkennen. In keinem Fall kann das der ehemännlichen Einfluß = resp. Herrschaftssphäre unterworfenene Frauengut — oder bei der Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts die vereinte Masse — dem Zugriff der um Exekution des rechtskräftig gewordenen Urtheils nachsuchenden Frauengläubiger unterliegen. Jedes Recht, das dem Ehemann in dieser Hinsicht zusteht, bleibt vielmehr gänzlich ungekränkt, und findet die Exekution an der Gütermasse dennoch statt, so bleibt es dem Ehemann unbenommen, sofort um Aufhebung der am Frauengut vollzogenen Vollstreckungsmaßnahmen d. h. um Ausschluß der seiner Herrschaft unterstehenden Vermögensobjekte aus der Reihe der der Frau gehörigen Vermögenswerthe nachzusuchen, ein Gesuch, dem, falls der gehörige Beweis erbracht worden ist, seitens des Gerichts unverzüglich Folge geleistet werden muß. Durch den von der Ehefrau geführten Prozeß aber wird an und für sich das der Verwaltung des Ehemannes unterliegende Vermögen noch nicht gefährdet, denn ein solcher regelt zunächst nur ein zwischen den Partheien bereits bestehendes Rechtsverhältniß, ohne daß dadurch die rechtliche Stellung des Ehemannes zur Gesamtmasse eine ihn benachtheiligende Aenderung erfährt. Eine wirkliche Gefährdung seiner diesbezüglichen Rechte tritt vielmehr erst dann ein, wenn der Prozeß ins Exekutionsstadium tritt und der obliegende Gläubiger die Gesamtmasse in Anspruch zu nehmen droht. Bis zu einer solchen Antastung seiner Güterrechte hat der Mann weder einen genügenden Grund, die Prozeßhandlungen der Frau anzufechten, noch hat er ein prozeßuales Interventionsrecht, er kann und muß eben ruhig warten, bis die Gläubiger die Gesamtmasse antasten und erst dann mag er seine Gerechtsame

wahrnehmen. Ein rechtliches Interesse zur Intervention — dieser Satz kann nicht oft genug wiederholt werden — liegt für den Ehemann eben erst da vor, wenn die etwaigen Kontrahenten resp. Gläubiger der Frau das gemeinsame Vermögen der Ehegatten angreifen, wo er alsdann berechtigt ist, die Gläubiger auf das Sondergut der Frau, an welchem sie ihre Befriedigung suchen mögen, zu verweisen, es sei denn, daß es sich um einen der Fälle handelt, wo das Provinzialrecht eine Haftung des gemeinsamen Vermögens vorschreibt. Denken wir uns aber den Fall, daß die Frau ohne Wissen des Mannes die vereinte Gütermasse mit irgend welchen dinglichen Rechten z. B. Hypotheken belastet und sich hieraus ein Rechtsstreit entwickelt, so wäre auch dann eine Einsprache des Ehemannes gegen das belastende Rechtsgeschäft einestheils verfrüht, andernteils aber auch unnöthig, da derartige Verfügungen eben ipso jure nichtig sind und dem Mann ebensowenig schaden können, wie das von den Gläubigern exportierte ergiebigste Urtheil im Fall seiner Vollstreckung die Gesamtmasse ergreifen kann. Umsoweniger braucht also der Mann die von der Frau vorgenommenen Prozeßhandlungen anzufechten, ja, er kann es garnicht einmal, weil solche, unbeschadet ihres weitem Schicksals, wie wir gesehen haben, an und für sich gültige Handlungen sind. Dies alles ist sehr klar und findet auch in der Praxis der frühern Riga'schen Stadtgerichte seine Bestätigung, namentlich in zweien durch die Klarheit ihrer Ausführungen hervorragenden Querelbescheiden des Riga'schen Rathes, einem von 1869 sub Nr. 1867 und einem andern vom 11. Juli 1869 sub Nr. 5002\*), deren gewiß schlagende Argumente Kupffer so gut wie garkeiner ernstlichen Beachtung würdigt. An der Verkennung der von uns in Uebereinstimmung mit Erdmann und den soeben angeführten Urtheilen des Riga'schen Rathes für die Prozeßfähigkeit der Frau angeführten Gründe mag aber unter Anderem auch eine unrichtige Vorstellung von dem Verhältniß der Prozeßführung zum Abschluß von Rechtsgeschäften, von dem Einfluß jener auf diese sowie überhaupt von der rechtlichen Natur der Prozeßführung als solcher die Schuld getragen haben. Man meinte offenbar, in der Führung eines Rechtsstreites über einen Vermögenswerth durch den Herrn desselben liege eine Disposition, eine Verfügung über das in Rede stehende Streitobjekt und wenn man beispielsweise der Ehefrau die prozessuale Vertretung bei einem zur vereinten, der Verwaltung des Ehemannes unterworfenen Gütermasse gehörigen Vermögensobjekte, mit gänzlicher Beiseiteschiebung jeglicher ehemännlichen Assistenz überlasse, damit ersterer in der Beeinträchtigung der ehemännlichen Mundialgewalt und der aus ihr resultierenden Befugnisse freie Bahn gegeben werde. Nichts wäre

---

\*) Vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, B. I, S. 6—12.

falscher als eine solche Annahme. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß wenn z. B. das Streitobjekt ein zur allgemeinen Gütermasse gehöriger Gegenstand ist und die Frau als Beklagte den Rechtsstreit allein führt, es einfach ihrem Belieben anheimgestellt ist, den Prozeß, trotzdem er vielleicht einen für sie günstigen Ausgang verspricht, plötzlich, vielleicht aus reiner Laune, fallen läßt oder daß sie ihn aus Unachtsamkeit verliert und ganz dasselbe kann sie thun, wenn sie Klägerin ist, ja, es kann ihr im Unterliegungsfalle auch noch die Erstattung der Prozeßkosten auferlegt werden. Allein wie auch immer der Ausgang des Prozesses sein mag, die Rechte des Ehemannes an der Gütermasse vermögen dadurch keinerlei Beeinträchtigung zu erfahren, sondern müssen unter allen Umständen ungekränkt bleiben. Denn das ist feststehend und immer wieder von Neuem zu betonen, daß Prozeßführung keine Verfügung oder Veräußerung\*) ist, daß also die Ehefrau, der die selbstständige, jeder ehemännlichen Vertretung oder Mitwirkung baare Prozeßführung eingeräumt wird, dadurch allein keineswegs auch die Verfügungsfreiheit über das Streitobjekt gewinnt. Die praktische Tragweite dieses auch neuerdings für das deutsche Recht\*\*) wieder anerkannten, wohl kaum anzuzweifelnden Satzes ist größer als man auf den ersten flüchtigen Blick glauben mag. Durch den Prozeß resp. das Urtheil wird eine neue, selbstständige Verbindlichkeit nicht geschaffen, sondern bloß das Bestehen einer bereits vorhandenen auf gerichtlichem Wege fixiert. Es ist also auf diese ursprüngliche Verbindlichkeit, auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß, das den Anlaß zum Rechtsstreit gab, zurückzugehen. Dann aber ist weiter zu bedenken, daß der Ausgang des Rechtsstreites auch im ungünstigsten Fall doch bloß die Verurtheilung der beklagten Frau zur Zahlung der Schuld sammt Zinsen, Weilrenten und Prozeßkosten bewirken dürfte, was aber — wie mehrfach gezeigt wurde — dem Ehemann in seinen Güterrechten keinen Abbruch macht. Kommt die Ehefrau als Beklagte in Betracht und siegt sie in dem Rechtsstreit, dessen Objekt nicht ihrer, sondern der ehemännlichen Verfügung unterliegt, so hat weder sie noch der Ehemann etwas verloren oder gewonnen, der Ehemann kann nicht zu Schaden kommen und kann sich wegen Beeinträchtigung seiner güterrechtlichen Herrschaftssphäre nicht beklagen. Unterliegt sie, so bleiben, wie schon erwähnt, die Rechte des Ehemannes gleichfalls ungekränkt und die Gläubiger können im besten Falle erst nach Auflösung der Ehe das zur Zeit noch in der Gesamtmasse befindliche Frauengut angreifen (Art. 91 Th. III des Prov. Rs.). Ist

\*) So auch Bürgens l. c. § 28, S. 96.

\*\*) Vgl. E. Strohal: „Grenzen der Urtheilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung“, Sonderabdruck aus: „Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht. Heinrich Degenkolb zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum im Auftrag der Leipziger Juristenfakultät dargebracht von Schöm“. (1905) S. 148 f.

sie aber Klägerin, so riskiert sie im Fall eines ungünstigen Ausgangs des Prozesses doch wohl nur abgewiesen und in die Kosten verurtheilt zu werden, was die Rechte des Mannes gleichfalls nicht tangiert. Siegt die Frau, so liegt für den Mann noch weniger ein rechtliches Interesse vor, sich über die eigenmächtige Prozeßführung der Frau zu beschweren. —

Nun könnte allerdings der Fall eintreten, daß de facto z. B. zwischen der klägerischen Ehefrau und dem Beklagten gar keine rechtlichen Beziehungen vorliegen, daß vielmehr die Klage ganz aus der Luft gegriffen ist, daß es ihr an jedem innern Anhaltspunkt fehlt, ja, die Klägerin kann sich geradezu in der Absicht, den Gegner zu täuschen und ihn glauben zu machen, das Streitobjekt sei nicht von der Gütermasse befangen, sondern als Sondergut ihrer freien Disposition unterworfen, in den Prozeß eingelassen, die Klage also in böswilliger Absicht erhoben. So kann es allerdings vorkommen, daß der obsiegende Beklagte wegen Insuffizienz des klägerischen Vermögens nicht einmal zu seinen Prozeßkosten kommt. Allein wie ein Querelbescheid des Magischen Rathes vom 11. Juli 1869 ganz richtig bemerkt, kann ein solcher Fall bei jedem Prozesse eintreten, er bildet also keine Besonderheit der ehefräulichen Prozeßführung\*), deren Selbstständigkeit in diesem Fall der des Ehemannes ganz gleich ist. Art. 44 Th. III des Prov. Rs, der von den dem Ehemann in Civ- und Eshland an den ausstehenden, von der Frau erworbenen oder von den ihr durch Erbgang zugefallenen Schuldforderungen gebührenden Befugnissen handelt, steht der ehefräulichen legitima persona standi in judicio nicht entgegen. Denn obwohl der gedachte Artikel dem Ehemann unter Anderem auch die Befugniß zugesteht, solche ausstehende Forderungen der Ehefrau, falls deren Sicherheit bedroht ist oder das Interesse der Ehefrau solches aus andern Gründen erheischt, vorläufig zu kündigen und auszulagen, was somit eine Prozeßführung für und im Namen der Frau als deren präsidentiver Anwalt bedeuten würde, so dürfte auch darin keine Anerkennung einer etwaigen kriegereischen Vormundschaft des Ehemannes über die Frau liegen. Denn es wäre ein verhängnißvoller Irrthum, dieses Recht des Ehemannes als ein dasselbe Recht der Ehefrau ausschließendes zu betrachten und letzterer folglich volle Gerichtstands-fähigkeit abzuschneiden. Diese Bestimmung des Art. 44 ist vielmehr in ebendenselben Sinne zu verstehen, wie Art. 8 P. 4 und Art. 42 Th. III des Prov. Rs d. h. als Ausdruck der präsidentiven, einer besondern Bevollmächtigung seitens der Frau nicht bedürftigen Anwaltschaft des Ehemannes, für die eben das Gesetz selbst spricht. Außerdem aber würde jeder Versuch, dem Art. 44 zit. eine andere Deutung zu geben, gegen die allgemeine Rechtsregel verstoßen, daß man

\*) Vgl. die Zwingmannsche Sammlung, B. I, S. 11 und 12.



alles das, was man durch seinen Anwalt thun kann, auch selbst zu thun vermag\*). Und mehr als ein Anwalt oder Beirath ist der Ehemann in den Fällen, wo die Ehefrau in einen Rechtsstreit verwickelt ist, in keinem Falle. Ebensovienig wie Art. 44 zit. ließe sich aber auch Art. 53 Th. III des Prov. Ns als Argument gegen die von uns behauptete Gerichtsstandsfähigkeit der Ehefrau verwerthen. Allerdings besagt letzterer Artikel, daß für die Dauer der Ehe die Rechte der Ehefrau auf ihr in seiner Verwaltung befindliches Vermögen ruhen, woher sie ohne seine Zustimmung nichts davon veräußern oder sonst wie einseitig darüber verfügen dürfe. Allein da Prozeßführung keine Verfügung oder Veräußerung ist, sondern — wie schon früher gezeigt wurde — in den meisten Fällen gerade die Erhaltung des Vermögens bezweckt, insofern also dem Ehemann nicht nur nicht schaden, sondern im Gegentheile zum Vortheile gereichen würde, so kann die selbstständige Führung eines Rechtsstreites seitens der Ehefrau — auch wenn als Streitobjekt ein zur beiderseitigen Gütermasse gehöriger Vermögensgegenstand erscheint — offenbar nicht zu den von Art. 53 zit. gemeinten Verfügungsangelegenheiten gehören. Wollte man aber auch das Recht der selbstständigen prozessualischen Vertretung des Frauengutes resp. der Gesamtmasse dennoch zu den Rechten zählen, deren Ausübung seitens der Ehefrau für die Dauer der Ehe zu ruhen habe, so würde man vergessen, daß für die Befugnisse beider Ehegatten hinsichtlich des gesamten, von der Frau inferierten oder während der Ehe erworbenen Vermögens keineswegs die römisch-rechtlichen Grundsätze über die dos, sondern doch wohl nur die speziellen güterrechtlichen Normen des baltischen Rechts zu gelten haben. Das römische Recht läßt die Eigenthumsrechte der Frau an der dos für die Zeit der Ehe allerdings ganz ruhen und konzentriert sämtliche Verfügungsbefugnisse über letztere in den Händen des Mannes und dieses wahre dominium dormiens\*\*) dehnt sich erst nach Auflösung des Ehebündnisses zum freien Eigenthum der Frau aus. Das auf deutschrechtlicher Basis beruhende eheliche Güterrecht des baltischen Rechts dagegen läßt nur eine durch die ehemännliche Mundialgewalt gebotene Beschränkung der Rechte der Ehefrau an ihrem Vermögen eintreten\*\*\*), die eben nur soweit reicht, als erforderlich ist, um einer Verletzung der dem Ehemann an der Gesamtmasse zustehenden Rechte durch

\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, S. 111 u. im System, B. I, S. 366.

\*\*) Dieselbe Bezeichnung braucht sogar noch Runde: Eheliches Güterrecht, § 57, S. 138, in Bezug auf das in der Gewere des Mannes befindliche Frauenvermögen.

\*\*\*\*) Vgl. Rapiersky: „Die Morgengabe des rigischen Rechts“, S. 8.

etwaige Verfügungshandlungen der Ehefrau vorzubeugen\*). Da nun aber eine Prozeßführung der Ehefrau die dem Manne gebührenden, aus der ehemännlichen Vormundschaft fließenden Güterrechte auch bei unglücklichem Ausgang des Rechtsstreites garnicht verletzen oder schwälern kann, so liegt keine Veranlassung vor, auch das Recht der Frau auf selbstständige Prozeßführung für die Dauer der Ehe ruhen zu lassen, was noch klarer ist, wenn der Rechtsstreit sich nicht um einen zur beiderseitigen Vermögensmasse gehörenden Gegenstand dreht\*\*).

Endlich ist daran zu erinnern, daß es der Ehefrau, falls ihr die Gerichtsstandsfähigkeit versagt sein sollte, in jedem Fall freistehen müßte, die von ihr vorgenommenen Prozeßhandlungen annullieren zu lassen, wenn die obliegenden Gläubiger nach Auflösung der Ehe sich auch an ihr nicht zum Sondergut gehöriges Vermögen halten und aus demselben Befriedigung suchen wollten. Ein solches Recht ist ihr aber ausweislich der Artt. 55 und 103 gerade nicht gegeben, da ersterer Artikel den Gläubigern das Recht giebt, zwecks Befriedigung ihrer Forderungen gegen die Frau auch das nach Auflösung der Ehe von der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung befreite Frauengut anzugreifen. Folglich kann die Rechtsbeständigkeit der von der Ehefrau ohne Mitwirkung ihres Ehemannes vorgenommenen Prozeßhandlungen nicht in Abrede gestellt werden und auch das Gericht ist nicht berechtigt, die Ehefrau, wenn sie allein, ohne den Mann gerichtlich thätig wird, in Hinblick auf eine etwaig ihr mangelnde Gerichtsstandsfähigkeit abzuweisen\*\*\*).

---

\*) Vgl. auch für das deutsche Privatrecht Roth, System des deutschen Privatrechts, Bd. II, § 91, S. 22.

\*\*) Vgl. auch überhaupt Erdmann, Güterrecht, S. 110.

\*\*\*) Dagegen ist Kupffer in der Dorpater Zeitschrift Jahr. IV S. 270 f. für eine ex officio seitens des Gerichts erfolgende Abweisung der ohne Beirath vor Gericht auftretenden Frauen oder Jungfrauen mit der Begründung, daß der Richter jedem procedere, das zu einer, wenn auch nur relativen Richtigkeit führen könne, eo ipso vorzubeugen verpflichtet sei. — Wenn jetzt D. Schmidt: „Der ordentliche Zivilprozeß nach livländischem Landrecht“ S. 34 Note 8 den zitierten Entscheidungen der Zwingmann'schen Sammlungen gegenüber den Einwand macht, daß bei Führung eines Prozeßes die Handlungen der Partheiten in Bezug auf ihre Legalität nach den Grundsätzen des Prozeßrechts vom Richter sofort geprüft werden müßten, letzterer also dementsprechend niemals ermächtigt sei, bei prozeßualischen Handlungen der Ehefrau, die sie, obwohl unter ehelicher Vormundschaft stehend, ohne den Ehemann vornehme, von der Frage ihrer Gerichtsstandsfähigkeit abzusehen, so involviert dieser Einwand — angesichts der im Vorhergehenden geltendgemachten Argumente — offenbar eine petitio principii. Ist die Gerichtsstandsfähigkeit der Ehefrau in den Gesetzen feststehend, so darf der Richter nicht nur von der Mitwirkung des Ehemannes absehen, sondern ist sogar dazu verpflichtet.

Wenn nun, wie soeben gezeigt wurde, daß in Art. 53 statuierte Ruhen der ehedräulichen Rechte an dem in der Verwaltung des Ehe-  
mannes befindlichen Vermögen der Gültigkeit der von der Ehefrau  
allein ohne Mitwirkung des Ehemannes vollzogenen und dieses Ver-  
mögen betreffenden Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen kei-  
nenfalls Abbruch zu thun vermag, so kann zusammen mit dem fort-  
dauernden Eigenthumsrechte der Ehefrau letzterer auch die daraus  
resultierende Eigentumsklage (Vindikation), wenigstens Dritten gegen-  
über, nicht abgesprochen werden. Es muß ihr daher gestattet sein,  
die Vindikationsklage rechtsgültig auch ohne ihren Mann anzustellen und  
mit dieser die Herausgabe eines zur Gütermasse gehörigen Vermögensobjekts  
zu verlangen. Es läßt sich das m. E. n. an der Hand des auch von Erd-  
mann angezogenen, gerade von der Vindikation handelnden Artikel 858  
P. 2 erweisen \*). Denn wenn daselbst unter den an der Anstellung der Vindi-  
kationsklage rechtlich verhinderten Personen in P. 2 auch die Ehe-  
frau rücksichtlich ihres Eingebachten genannt wird, so ist diese rechtliche  
Hinderung umsoher als eine bloß zeitweilige aufzufassen, als sie ausweislich  
des Art. 858 P. 2 nur dem Ehemanne gegenüber, also nur für die Dauer der  
Ehe in Betracht kommt. Da das Vindikationsrecht aber nur gegen den  
Ehemann als solchen versagt ist, so folgt daraus von selbst, daß es Dritten  
gegenüber seitens der Ehefrau jederzeit auch während der Ehe ausgeübt werden  
kann, daß es also diesen Personen gegenüber auch während der Ehe nicht  
ruht, nach Auflösung der Ehe aber sogar gegen den Ehemann oder  
seine Erben wieder geltendgemacht werden kann \*\*). Die Vindikation  
ihrer Sachen gegen Dritte während der Ehe könnte der Ehefrau doch nur  
dann abgeschnitten werden, wenn die persönliche Unfähigkeit der Ehefrau  
zu gerichtlicher Vertretung und Geltendmachung ihres Rechts die Basis ab-  
geben würde, von der aus die Versagung des Vindikationsrechts in  
der Person der Frau sich rechtfertigen ließe. Eine solche persönliche Un-  
fähigkeit der Ehefrau ist aber im Provinzialrecht überall nicht vor-  
gesehen, die Mündigkeit derselben im Gegentheil auch in prozessualer Hin-  
sicht feststehend \*\*\*). —

Im Fall einer Veräußerung ihres unbeweglichen Sonder-  
gutes muß die Ehefrau — wie sich Art. 29 Th. III des Prov. Rz aus-  
drückt — den Rath ihres Ehemannes einholen. Verbindungs-  
schriften, die von ihr in Beziehung auf dieses Sondergut ausgestellt

\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, S. 73 und 110—111.

\*\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, S. 73.

\*\*\*)) Vgl. Erdmann, Güterrecht, S. 110—111. Zu einem andern Resultat  
gelangt natürlich Kupffer in der Dorpater Zeitschrift, Jahrg. IV, S. 270.

werden, also namentlich hypothekarische Verpflichtungsurkunden müssen vom Ehemann als ihrem ehelichen Beirath mitunterzeichnet werden. Allein daß auch in diesem Fall die eheliche Beirathschaft keinen andern als den Charakter eines zwar usuellen, juristisch aber überflüssigen und bedeutungslosen Rathgebers trägt, möchte schon der Schlußsatz dieses Artikels beweisen, der für den Fall der Nichtbeobachtung dieser Gesetzesvorschrift seitens der Ehefrau letzterer das Recht giebt, sich der Erfüllung der von ihr kontrahierten Verbindlichkeit zu hinterziehen. Demnach würde man es in diesem Fall mit einem sogenannten *negotium claudicans* zu thun haben, das zwar auf Seiten des andern Kontrahenten eine wahre Verbindlichkeit begründet, die Ehefrau selbst aber nicht verpflichtet. Es würde somit die ehemännliche Mitwirkung beim Abschluß solcher Rechtsgeschäfte bloß im Interesse des andern Kontrahenten, nicht auch der Ehefrau selbst liegen, da letztere jederzeit wieder zurüctreten kann \*). Da nun aber Prozeßführung keine Verfügung, geschweige denn Veräußerung oder Belastung des Streitobjekts involviert, so ist es klar, daß die Ehefrau auch in der Führung eines das unbewegliche Sondergut betreffenden Rechtsstreites keinerlei Beschränkungen unterworfen werden kann, sondern denselben ganz selbstständig ohne ihren Mann führen darf \*\*). —

Nur in einem einzigen Fall dürfte sich eine Beschränkung der ehedräulichen Gerichtsstandsfähigkeit konstatieren lassen. Derselbe scheint mir in Art. 30 gegeben zu sein. Dieser setzt nämlich fest:

„In Fällen, wo die Interessen beider Ehegatten mit einander kollidieren, hat die Ehefrau für den betreffenden Akt sich einen besonderen Beirath zu wählen.“

Wann aber kollidieren wohl die Interessen beider Ehegatten mit einander mehr, wenn sie gegen einander einen Prozeß führen \*)?!

\*) Vgl. Erdmann: Güterrecht, S. 88.

\*\*) Im ältern deutschen Recht entbehrte die Ehefrau — falls es sich nicht gerade um Sondergut handelte — vielfach der selbstständigen Prozeßfähigkeit, während andere Partikularrechte der ältern Zeit sie im Gegentheil für prozeßfähig erklärten. Das gemeine deutsche Recht der neuern Zeit hat sich wieder auf den letztern Standpunkt gestellt und die Prozeßfähigkeit der Frau in toto anerkannt, (vgl. darüber Hillebrand l. c. § 185, S. 681 und Stobbe, Handbuch, B. IV § 216, S. 55), und für das heutige Recht des B. G. B. ist § 25, Abs. 2 der C. P. O. maßgebend: „Die Prozeßfähigkeit einer Frau wird dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt,“ vgl. auch Buchka: Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, (3. Aufl.) § 36, S. 305, Stobbe, l. c. S. 56 u. die in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrg. 49, Beilageheft, S. 946 ff. und 954 wiedergegebenen Reichsgerichtsurtheile. —

Man muß daher für diesen Fall allerdings annehmen, daß jegliche Prozeßhandlung der Ehefrau nur dann gültig ist, wenn sie unter Mitwirkung eines männlichen Assistenten, Beirathes oder Rathsfreundes vorgenommen wurde, den sich die Frau wie für den Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäfts so auch für den einzelnen Prozeßfall resp. zur Bornahme der einzelnen Prozeßhandlung besonders zu erwählen hat. Und zwar muß sie es thun, da sie sich sonst der Gefahr aussetzt, als nicht gehörig zum Prozeß legitimiert angesehen zu werden\*\*) — Es wäre das auch eine vom Gesetzespolitischen Standpunkt aus betrachtet durchaus zweckgemäße Bestimmung. Angesichts der nur zu leicht möglichen Beeinflussung der Ehefrau als des naturgemäß schwächeren Theils durch den Ehemann, die ein Aufgeben jeweiliger Rechtsvorthelle resp. einen Verzicht auf gewisse, in Rede stehende Rechte ihrerseits mit sich führen und sie auf solche Weise zu Handlungen verleiten kann, die ihr zum offenbaren Nachtheil, dem Ehemann aber zum Vortheil gereichen, erscheint es geradezu nothwendig, der Ehefrau einen rechtlichen Beistand beizuordnen, der von ihr, auch wenn sie dessen nicht bedürfen zu müssen glaubt, in den vorerwähnten Fällen stets hinzugezogen werden muß, und ohne den die fragliche Rechtshandlung sogar dann für ungültig erkannt wird, wenn sie selbst die Ungültigkeit nicht geltend macht. — Das Bauerrecht aller drei Ostseeprovinzen weicht allerdings insofern ab, als es die Hinzuziehung eines männlichen Rathsfreundes bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Ehegatten der Ehefrau nicht, wie das allgemeine provinzielle Recht solches thut, zur Pflicht macht, sondern ihr bloß anheimstellt\*\*\*). Nichts desto weniger darf uns aber das nicht zu dem in den früher angeführten Fällen allerdings berechtigten Schlusse verleiten, daß nun auch nach allgemeinem ostseeprovinziellem Privatrecht d. h. nach dem Th. III des Prob. Ns die Hinzuziehung eines solchen Rathsfreundes seitens der Ehefrau bei Rechtsstreitigkeiten mit dem Ehemann nicht obligatorisch, sondern nur ihrem freien Belieben anheimstellt sei, weil man nicht annehmen könne, der Gesetzgeber habe Personen bäuerlichen Standes günstiger als Personen nichtbäuerlichen Standes behandeln wollen. Diese Argumentation dürfte sich nämlich hier angesichts der positiv-imperativischen Ausdrucksweise des Art. 30 zit.:

\*) Auch Th. v. Bunge: Der baltische Zivilprozeß, B. I, § 33, S. 210 zieht Art. 30 hierher.

\*\*) Vgl. auch überh. Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, § 75, S. 331, der aber den Beistand der Frau hier Vormund nennt.

\*\*\*) Vgl. § 778, P. 3, der Zivil. B. B., Art. 901 der Esthl. B. B., und § 377, P. 3 der Kurl. B. B.

„... hat die Ehefrau ... sich einen besonderen Beirath zu wählen,“  
was offenbar gleichbedeutend mit: „muß die Ehefrau ... sich erwählen“  
ist, zweifellos verboten. — Natürlich aber handelt es sich in diesem  
Fall nicht um eine ehemännliche Kriegsvogtei, sondern um eine von  
einem Dritten ausgeübte kriegerische Vormundschaft, er gehört also  
eigentlich nicht in den Abschnitt B hinein. —

C. Besteht nach baltischem Recht für Wittween eine  
kriegerische Vormundschaft?

Nach unsern vorherigen Ausführungen beantwortet sich diese Frage  
überaus einfach: da diejenigen Rechte, die je nach den verschiedenen  
Statutarrechten den Wittween — mit den übrigens die geschiedene  
Ehefrau auf gleiche Stufe zu stellen wäre — am Gesamtnachlaß des  
Ehemannes zustehen (so z. B. das Eigenbleiben im Nachlaß mit den  
etwa hinterbleibenden Kindern oder die Fortsetzung der Gütergemeinschaft dort,  
wo sie während der Ehe bestand, Führung der Vormundschaft über die min-  
derjährigen Kinder, die Verwaltungs- und Nutznießungsbefugnisse der Wittwee  
am ehemännlichen Nachlaß vor der endgültigen Schichtung\*) im Th. III  
des Prov. Rs gegenüber den den Kindern resp. ehemännlichen Ver-  
wandten am Nachlasse zustehenden Rechten auf das Genaueste bestimmt und  
abgegrenzt sind, so kann es in keinem Fall geschehen, daß die Rechte  
dieser Personen durch Eingehung von irgendwelchen veräußernden  
oder belastenden Rechtsgeschäften oder durch Vornahme prozessualischer  
Handlungen seitens der hinterbliebenen Wittwee eine Schmälerung erfahren.  
Denn wo die Wittwee mit ihrem rechtsgeschäftlichen Handeln in  
die Befugnisse dieser andern Personen d. h. der Kinder und Anver-  
wandten ihres verstorbenen Mannes rechtsverlegend eingreift, da  
werden solche Handlungen — soweit dadurch zum Gesamtnachlaß gehörige  
Vermögensstücke veräußert, belastet oder geschädigt werden — regel-  
mäßig ungültig sein, sind also eo ipso nicht im Stande, die Rechte jener  
Personen am Gesamtnachlaß anzutasten, ohne daß damit zugleich auch die  
Ungültigkeit sonstiger von der Wittwee vollzogener, den Gesamtnachlaß in  
keinerlei Hinsicht tangierender Rechtsgeschäfte ausgesprochen wäre, z. B. eine  
Darlehnsaufnahme\*\*). Wo es sich aber um einen von der Wittwee

\*) Erdmann, Güterrecht, S. 207 ff.

\*\*) Man erwäge außerdem, daß die der beerbten Wittwee vielfach zustehende Ver-  
waltungs- und Nutznießungsbefugniß (vgl. z. B. Art. 509, Th. III des Prov. Rs)  
an der ehemännlichen Nachlassmasse, die bezüglich der Verwaltung sich geradezu als Pflicht  
darstellt, öfters illusorisch sein würde, wenn ihr gewisse, weitergehende Dispositionsbefug-

geführten und den Gesamtnachlaß betreffenden Rechtsstreit handelt, kann auch ein ungünstiger Ausgang desselben den Rechten jener Personen keinen Abbruch thun. Denn der obsiegende Gläubiger kann sich bei Vollstreckung des Urtheils theils nur an das Vermögen resp. den ideellen Theil desselben, soweit sie der Wittwee gebühren, halten, an den Nachlaß des Ehemannes dagegen nur zu dem Antheil, der ihr kraft Gesetzes aus dem ehemännlichen Nachlaß gebührt, woran also Niemand anders ein Anrecht hat. Siegt die Wittwee, so kommt das dem Gesamtnachlaß zugute. Ist sie unbeerbt und alleinige Testamentserb- oder Intestaterbin oder betrifft der Rechtsstreit nicht den ehemännlichen Nachlaß oder überhaupt gar keinen Vermögensgegenstand, so kann die Gerichtsstandsfähigkeit der Ehefrau noch weniger angezweifelt werden. Auch hier gilt es wieder, daß Prozeßführung keine Verfügung, geschweige denn eine Veräußerung oder Belastung ist. — Das Gesagte gilt namentlich auch für die Bauerrechte aller drei Ostseeprovinzen, wenigstens vom Standpunkte des heutigen Rechts aus betrachtet. Zwar sprechen dieselben den Wittween die Gerichtsstandsfähigkeit, also das Recht, selbstständig in den Gemeindegerechten etc. vorzutreten und thätig zu werden, rundweg ab und verlangen zur Gültigkeit solcher Handlungen die Hinzuziehung eines sogenannten Rathsfreundes oder Assistenten\*) (männlichen Geschlechts). Allein diese Bestimmungen werden von Art. 5 zit. I, A, II der Justiznovelle vom 9. Juli 1889 nicht mehr wiederholt, sie sind daher als durch dieses Gesetz aufgehoben zu betrachten. Proklamiert Art. 5 zit. ja doch — wie auch die Motive zu demselben hervorheben — die unbegrenzte Prozeßfähigkeit eines Jeden und bezeichnet die der (bäuerlichen) Ehefrau nach dem frühern Recht anhaftende Beschränkung in ihrer Prozeßfähigkeit ausdrücklich als obsolet! Nun kann man aber auch in diesem Fall — ganz ebenso, wie wir das hinsichtlich der Ehefrau gesehen haben — unmöglich annehmen, der Gesetzgeber habe die bäuerliche Wittwee günstiger als die nichtbäuerliche Wittwee behandeln wollen, während er doch sonst gerade im Gegentheil letzterer häufig eine rechtlich bevorzugtere Stellung einräumt. Da aber weder der Th. III des Prov. Rs noch die Justiznovelle vom J. 1889 die Gerichtsstandsfähigkeit den nichtbäuerlichen Wittween im Vergleich zu den bäuerlichen Wittween abspricht und da überhaupt kein Gesetz in dieser Hinsicht zwischen den Wittween bäuerlichen und nichtbäuerlichen Standes unterscheidet, so wird auch durch die genannten Bestimmungen der Bauer-er-

nisse über den Nachlaß ihres Mannes nicht zustehen sollten oder wenn man sie hienin wesentlich einschränken wollte. —

\*) Vgl. Art. 778 B. 3 der Zivil. B. B., Art. 901, B. 5 in fin. der Civil. B. B. und § 377, B. 3 der Kurl. B. B. — Auch die Justiznovelle I A, Art. 65 führt keinen einzigen auf die Wittween bezüglichen Art. des Th. III an.

ordnungen die unbeschränkte Prozeßfähigkeit der Wittwee nach Prov. N. bestätigt. — Endlich enthält auch die auf die Ostseeprovinzen ausgedehnte Reichs Zivilprozeßordnung nichts der Prozeßfähigkeit der Wittwee Entgegenstehendes. Die einzigen hier einschlägigen Artt., nämlich Artt. 17, 19 und 20 zählen unter den Personen, die der Gerichtsstandsfähigkeit ermangeln, die Wittween nicht auf. —

Nach alledem kann es nicht mehr fraglich sein, daß die Wittwee in den meisten Fällen zur selbstständigen prozeßualen Vertretung befugt ist\*) und darin auch in denjenigen Fällen nicht nothwendig beschränkt zu sein braucht, in welchen der Rechtsstreit aus solchen den Gesamtnachlaß betreffenden Rechtsgeschäften entstanden ist, zu deren Wirksamkeit das Prov. N. die Mitwirkung eines ihr beizunordnenden Rathsfreundes oder der für die minorennen Kinder gewählten gesetzlichen Mitvormünder verlangt\*\*). Die unter C aufgeworfene Frage ist demnach im Allgemeinen im vermeinenden Sinne zu entscheiden\*\*\*). —

Ueber diejenigen Fälle, wo eine Wittwee den Rechtsstreit nicht allein führen darf, sondern dazu ihre Mitvormünder hinzuziehen muß, wird an einer späteren Stelle gehandelt werden. —

Die bisherigen Ausführungen haben sich vorzugsweise auf die Frage der Gerichtsstandsfähigkeit des weiblichen Geschlechts bezogen und führten zu dem Resultat, daß letzteres in dieser Hinsicht ebensowenig wie das männliche Geschlecht irgend einer Beschränkung unterworfen ist, wofür nur die betreffende Person volljährig und nicht etwa handlungsunfähig ist, daß also die Hinzuziehung eines Rathsfreundes, Beirathes oder Assistenten im Falle der Prozeßführung weder für verheirathete noch

\*) Anderer Ansicht natürlich Kupffer in der Dorpater Zeitschrift, Jahrg. IV S. 270. —

\*\*) Vgl. z. B. Artt. 286, 439, 440 und 448 Th. III des Prov. Ns und dazu das Landvogteigerichtliche Urtheil vom 22. März 1873, S. 68, bei Zwingmann, B. III, N. 298, S. 34. Dagegen vertritt ein anderes Urtheil, nämlich ein rechtskräftiger Bescheid der II. Section des rig. Landvogteigerichts vom 21. September sub Nr. 212 (vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, B. VII, N. 1287, S. 131) die Ansicht, daß eine Wittwee zu allen Prozeßhandlungen einen Beirath hinzuziehen müsse. Derselben Ansicht sind: Gürgens: „Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft,“ § 46, S. 152 u. Zwingmann in der von ihm herrührenden Note zu dem ersten der beiden in dieser Note zitierten Urtheile, l. c., S. 523, der die Hinzuziehung des Rathsfreundes seitens der beerbten Wittwee wenigstens bei Minderjährigkeit der Kinder verlangt. —

\*\*\*) Vgl. den rechtskräftigen Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 9. Januar 1875 sub Nr. 3 bei Zwingmann, B. IV, S. 112, N. 523 und das vogteigerichtliche Erkenntniß vom 5. Januar 1884, N. 4, ebendasselbst, B. VIII, S. 60. —



für unverheirathete Frauenspersonen nothwendig ist: eine kriegs-  
rische Vormundschaft giebt es im heutigen baltischen Recht  
nicht mehr. —

Es fragt sich aber, wie es mit der privatrechtlichen Hand-  
lungsfähigkeit oder richtiger ausgedrückt: Dispositionsfähig-  
keit des weiblichen Geschlechts steht d. h. ob die großjährige  
Jungfrau, die Ehefrau oder Wittwee auch bei Vornahme von  
Rechtsgeschäften sowie Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit  
eine dem Mann gleiche rechtliche Selbstständigkeit genießt und  
auch hierzu der Mitwirkung eines männlichen Rathsfreundes nicht  
benöthigt? — Man wird auch in diesem Fall gut thun, zwischen der Jung-  
frau, der Ehefrau und der Wittwee zu unterscheiden.

### A. Die Jungfrau.

Die Beantwortung der Frage dürfte kaum auf irgend welche Schwie-  
rigkeiten stoßen. Geregelt wird sie, wie wir schon angedeutet haben, in den  
Artt. 512—517, Th. III des Prov. R. Diese Artikel lassen an der allge-  
meinen Dispositionsfähigkeit der großjährigen Jungfrau  
keinen Zweifel zu. Aber auch in der Verwaltung ihres Vermögens  
ist letztere, wie aus Art. 512 hervorgeht, den großjährigen Personen männ-  
lichen Geschlechts ganz gleichgestellt\*). Sie hat also die freie Dis-  
positionsbefugniß über ihr Vermögen, sie kann veräußern, verschenken, ver-  
pfänden und belasten, ohne zu diesen Rechtsgeschäften der Mitwirkung eines  
Beiraths oder Rathsfreundes zu bedürfen\*\*) und ohne daß es dabei darauf  
ankommt, ob Gegenstand des Rechtsgeschäfts bewegliches oder unbeweg-  
liches Eigenthum, ob das Rechtsgeschäft notariell, grundbuchmäßig  
oder privatim eingegangen wird, ob es sich um Verfügungen unter Leben-

---

\*) Die einzig wesentliche, allein im Grunde nicht hierher gehörende Ungleichheit  
zeigt sich — abgesehen von der Beschränkung des weiblichen Geschlechts in der Bürgschafts-  
leistung — in dem Verbot der sog. emancipatio Saxonica für die großjährige Tochter.  
Letzterer ist nämlich im Gegensatz zum Sohne nicht gestattet, gegen den Willen der Eltern  
eine gesonderte Haushaltung zu gründen (Art. 233) und thut sie es dennoch, so tritt sie  
jedenfalls dadurch nicht aus der elterlichen Gewalt heraus. Allein hier handelt es sich doch  
um eine unter elterlicher Gewalt stehende großjährige Jungfrau, während die Töchter-  
führungen, soweit sie die rechtliche Stellung der Jungfrau betreffen, durchweg eine elternlose  
(großjährige) Jungfrau voraussetzen. — Unabhängig hiervon sei noch bemerkt, daß die  
Bestimmung des Art. 233 nicht etwa als Rest der alten Geschlechtsvormundschaft  
erscheint, sondern sich vielmehr als eine Spezialwirkung der elterlichen Gewalt  
darstellt, vgl. auch Erdmann, Güterrecht, § 1, S. 45, Note 314. —

\*\*) So auch richtig Kupffer in der Dorpater Zeitschrift, I. c. S. 268 f.

den oder von Todeswegen \*) handelt, ob sie das fragliche Rechtsgeschäft als Kauffrau abschloß \*\*) oder nicht. Umso mehr muß sie daher fähig und berechtigt sein, Rechtshandlungen vorzunehmen, die keinerlei Verfügungen über ihr Vermögen involvieren. Wenn schon die Ehefrau rechtsgültig Schulden kontrahieren, z. B. Darlehn aufnehmen darf, trotzdem daß sie der Mundialgewalt des Ehemannes unterworfen ist, so muß es die einer solchen Gewalt nicht unterworfenen Jungfrau in noch viel höherem Maße können und dasselbe gilt auch — wie wir schon gesehen haben — für das Recht der Prozeßführung. Denn mag das Rechtsgeschäft für die Jungfrau vortheilhaft sein oder ihr im Gegentheil zum Schaden gereichen, in keinem Fall erleiden dadurch die rechtlichen Interessen irgend welcher anderen Personen eine Einbuße, werden dadurch Rechte anderer Personen verletzt. Schaden und Vortheil betreffen einzig und allein die Jungfrau selbst resp. ihr Vermögen, nur sie hat sich mit den Folgen ihrer Rechtsgeschäfte abzufinden. — Nun hat sie allerdings das Recht, (nicht die Pflicht), sich einen beständigen Kurator für alle ihre Angelegenheiten, sowohl für die unstreitigen als auch für die streitigen zu erwählen oder zu erbitten oder solches nur für einen bestimmten einzelnen Fall zu thun, und dieser Kurator kann dann auf ihren Wunsch sich auch mit der Verwaltung ihres Vermögens befassen. Die Befugnisse und Pflichten des Kurators werden sich aber hierbei in der Regel nach den ihm von der Jungfrau gegebenen Instruktionen richten und an diesen ihre Grenzen finden. Allein im Zweifel d. h. mangels diesbezüglicher Instruktionen resp. einer besondern Bevollmächtigung gilt das natürlich nicht. Art. 515 betont ausdrücklich, daß der erwählte oder erbetene Geschlechtskurator keine Vermögensverwaltung hat und zu keinerlei Rechenschaftsablegung verpflichtet ist, sondern nur als Rathgeber

\*) Auch Neumann: „Das kurländische Erbrecht nach den Gesetzen und der Praxis dargestellt“, (Mitau 1850) § 53, S. 163 f. und Bunge Kurl. Priv. R. § 267, S. 535, sprechen sich dahin aus, daß volljährige Jungfrauen bei ihren Testamenterrichtungen der Hinzuziehung eines Assistenten nicht bedürftig seien. Sie wollen das aber in Hinblick auf § 14 der Kurl. Stat. nur für Privattestamente, nicht auch für gerichtliche Testamente gelten lassen, für welche letztere sie die Mitwirkung eines Geschlechtsbeistandes unbedingt fordern. Für das heutige Recht ist auch diese letzte der Geschlechtskuratel gemachte Konzeption unbedingt zu verwerfen und demgemäß das Recht der volljährigen rechtsfähigen Jungfrau, auch ein Notariats testament allein, ohne Hinzuziehung eines Assistenten vulgo Geschlechtskurators zu machen, widerspruchlos anzuerkennen. — Auch für das ältere Lübeckische Recht wird die absolute Testierfähigkeit der Jungfrauen behauptet von Pauli: Abhandlungen aus dem Lübschen Recht, B. III: „Das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente“ (1841), § 2, S. 378 und 376.

\*\*) Cfr. Hillebrand, l. c. § 196, S. 720.

haftet \*). Ist der von der Jungfrau erwählte Geschlechtskurator — mag man ihn nun so oder Rathsfreund, Beirath oder Assistent nennen — in der That nichts mehr als ein de facto wohl ganz überflüssiger Rathgeber, so vermag die von der Jungfrau in casu concreto unterlassene Hinzuziehung desselben bei Vollziehung rechtsgeschäftlicher oder prozessualischer Handlungen auf deren rechtlichen Bestand, Gültigkeit und Wirksamkeit durchaus keinen Einfluß auszuüben. Da man zur Einholung eines Rathes in keinem Fall verpflichtet ist, so lassen sich auch an die Nichteinholung des Rathes keinerlei rechtliche Sonderwirkungen knüpfen: es treten dann eben nur diejenigen Folgen ein, die sich überall ergeben, wo Jemand handelt, ohne sich eines ihm zu Gebote stehenden Rathgebers zu bedienen d. h. unberathen vorgeht. Das gilt namentlich auch für alle diejenigen Fälle, in denen der Kurator von der Jungfrau ein für allemal d. h. für alle ihre Angelegenheiten, die Vermögensverwaltung nicht ausgenommen, freiwillig erwählt und eingesetzt war. Unterläßt sie es nämlich, diesen beständigen Kurator zu irgend welchen rechtlichen Handlungen hinzuziehen, so ist das für den rechtlichen Erfolg resp. die Wirkung der fraglichen Handlung von keiner Bedeutung. Die Handlung ist ebenso gültig oder ungültig, wie wenn sie mit Einholung des Rathes, unter Mitwirkung des kuratorischen Rathsfreundes vollzogen worden wäre. Denn der Geschlechtskurator der Jungfrau ist nur Rathgeber\*\*) und einen Rath entgegenzunehmen resp. ihre Handlungsweise entsprechend demselben einzurichten ist die großjährige Jungfrau so wenig verpflichtet wie sonst jede großjährige Person männlichen Geschlechts. Wäre das Rechtsgeschäft ohne Mitwirkung des Kurators nicht vollwirksam, so müßte zur Erreichung der Vollwirksamkeit die Hinzuziehung desselben der Jungfrau zur Pflicht gemacht werden. Die Artt. 512—515 geben ihr aber nur das Recht der Kuratorwahl, und nirgends stellen sie dieselbe als ein ihr resp. gewissen behördlichen Autoritäten obliegende Pflicht dar. Wie aber auf alle Rechte so muß es auch auf diese einen Verzicht geben. Niemand kann gezwungen werden, wider seinen Willen von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch zu machen. Folglich kann man also auch die großjährige Jungfrau nicht zwingen

\*) Vgl. auch Art. 512: ... es ist ihnen jedoch nicht verwehrt, sich dabei des Rathes und der Unterstützung eines Mannes ... zu bedienen."

\*\*) Wie das Art. 515 statuiert. — So auch für das gemeine deutsche Privatrecht Maurenbrecher l. c. B. II, § 585, S. 302 ff. u. Kraut, die Vormundschaft, B. II, § 71, S. 312—313. — Aus den Textausführungen erhellt zugleich, daß sogar der von der Jungfrau als beständiger Kurator erbetene Rathsfreund beim Antritt dieser sogenannten Kuratel weder vereidigt zu werden braucht noch irgend welche Sicherheit zu leisten hat, wie auch überhaupt die Grundsätze über Antritt und Niederlegung des Vormundschaftsamtes auf ihn unanwendbar sind. —

bei ihren Rechtshandlungen wider ihren Willen sich eines Rathgebers zu bedienen. —

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob die Bauerrechte in dieser Beziehung etwas Abweichen des enthalten.

Was zunächst die libländische Bauerverordnung v. J. 1861 anbetrifft, so wäre vor Allem auf den § 954 aufmerksam zu machen. Derselbe enthält die Bestimmung, daß unberathene mündige Frauenzimmer sich selbst Kuratoren<sup>\*)</sup> wählen. Hier scheint es sich allerdings um eine der mündigen Frauensperson obliegende Pflicht zu handeln, wiewohl § 954 allerdings nur sagt: „wählen sich“, nicht: „müssen sich wählen.“ Allein vor Allem ist zu beachten, daß das Gesetz nur von den mündigen, nicht den großjährigen, Frauenspersonen spricht. Da nun aber nach § 953 mit erreichter Großjährigkeit d. h. mit der Vollendung des 21-ten Lebensjahres auch Bäuerinnen sowieso schon in die freie Disposition ihres Vermögens treten, ohne daß das Gesetz zur Gültigkeit ihrer diesbezüglichen Rechtshandlungen die Mitwirkung eines Kurators resp. Rathsfreundes verlangt, so kann der gedachte Artikel offenbar nur mündige, aber minderjährige Jungfrauen im Auge gehabt haben. Diese müssen sich — das ist wohl der Sinn des Gesetzes — einen Kurator selbst wählen, für die unmündigen werden auf allgemeiner Grundlage Vormünder gewählt. Daher wird man dem Kurator der mündigen, aber minderjährigen Jungfrau eine ähnliche rechtliche Stellung wie dem Vormunde einzuräumen haben. Es werden daher für die mündigen minderjährigen Jungfrauen bürgerlichen Standes hinsichtlich ihrer Handlungs- und Dispositionsfähigkeit im Allgemeinen keine anderen Grundsätze einzutreten haben wie für minderjährige Personen überhaupt, gleichgültig, welcherlei Geschlechts sie sind. Denn die Bestimmung des § 951, daß kein Bauer über sein Kind d. h. über eine ohne dessen Willen erfolgende Begebung desselben in den Dienst eines Dritten verfügen darf, sobald dasselbe das Alter von 17 Jahren erreicht hat, ist eine speziell elternrechtliche Gesetzesnorm, die als singuläre Rechtsnorm einer Ausdehnung auf andere Fälle nicht fähig ist. —

Es gestattet aber der angezogene § 953 der libländischen Bauerverordnung noch folgende, gerade für unsere Zwecke sehr bedeutsame Schlußfolgerung. Wenn nämlich dem gedachten Gesetzesparagraphen zufolge alle 21 jährigen Personen bürgerlichen Standes, sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts, über ihr Vermögen frei verfügen, demgemäß also auch nach Belieben Veräußerungs- oder Belastungsgeschäfte eingehen dürfen und solchen Rechtsgeschäften die volle Wirksamkeit nicht zu versagen ist, wenn somit auf diese Weise die Vormundschaft resp. Kuratel mit diesem Zeitpunkt d. h. mit der erreichten Volljährigkeit ihre Endschafft erreicht und die Vormünder und

<sup>\*)</sup> Deren rechtliche Stellung vom Gesetz übrigens nicht näher präzipiirt wird.

Kuratoren ihre Ämter niederzulegen haben, so liegt darin zugleich auch die allgemeine, von dem Eintritt der Volljährigkeit an zu datierende Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der volljährigen unverheiratheten Bäuerinnen implicite ausgesprochen, auch wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft zunächst gar nicht ihr Vermögen betrifft. Denn mit der Gewährung der freien Veräußerung oder Belastung des Vermögens wie überhaupt jeder rechtlichen Verfügung über dasselbe wird doch jedenfalls eine größere Befugniß zugestanden als mit der Gewährung der Handlungsfähigkeit im Allgemeinen d. h. der Fähigkeit, rechtswirksam auch solche Handlungen, die in keiner Beziehung zum Vermögen stehen, vorzunehmen. Da nun aber im majus allemal das minus enthalten ist, so dürfte es kaum einem begründeten Zweifel unterliegen, daß der großjährigen bäuerlichen Jungfrau nach libländischem Bauerrecht, wenn sie sogar die Dispositionsfreiheit über ihr Vermögen haben soll und darin in keinerlei Weise an die Genehmigung resp. Mitwirkung eines Kurators oder Rathsfreundes gebunden ist, noch weit eher die allgemeine Fähigkeit, gültige Rechtsgeschäfte einzugehen, zugestanden sein muß. Das in vorliegendem Falle mehr wie sonst zulässige argumenti a fortiori läßt also die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß die großjährige bäuerliche Jungfrau mit vollster Rechtswirksamkeit Darlehn aufnehmen, Schulden kontrahieren, Werk- und Lieferungsverträge zc. eingehen kann, daß also ihre Handlungs resp. Geschäftsfähigkeit eine unbeschränkte ist, mag nun das Rechtsgeschäft sich auf ihr Vermögen beziehen oder zu letzterem in gar keiner Beziehung stehen. Es gehört hierher namentlich auch § 199 der libländischen B. V., nach welchem unter den Gründen, aus welchen die kompetente Behörde (in der Zeit bis zum 9. Juli 1889 das Kirchspielsgericht) die Korroboration eines Pachtkontraktes verweigern durfte, unter anderem auch die mangelnde Wissenschaft des Kurators um den von einer Person weiblichen Geschlechts abgeschlossenen Pachtkontrakt genannt wird. Dieser Artikel kann heutzutage umsoweniger allgemeine Geltung beanspruchen, als die Beschränkung des § 199 zit. sich aus der Unfähigkeit der Personen weiblichen Geschlechts zur Vornahme der Auflassung sowie überhaupt von gerichtlichen Handlungen erklärt, sich aus dieser Unfähigkeit hereschreibt was mit dem Verschwinden der kriegerischen Vormundschaft im Bauerrecht und im allgemeinen Provinzialrecht jede praktische Bedeutung verloren hat. Und endlich erwähnt die Justiznovelle vom 9. Juli 1889 der Kuratel über volljährige Frauenspersonen ganz konsequenter Weise überhaupt nicht mehr, es könnte also der § 199 höchstens für minderjährige Personen weiblichen Geschlechts, nicht dagegen für das weibliche Geschlecht überhaupt von praktischer Bedeutung sein. —

Im Ganzen dieselben Bestimmungen wie die libländische enthält die estländische Bauerverordnung.

Ebenso wie jene unterscheidet auch diese zwischen den beiden Altersstufen der Mündigkeit und der Volljährigkeit, deren erstere mit vollendetem 17. Lebensjahre gegeben ist, während die Volljährigkeit mit dem vollendeten 21. Lebensjahre eintritt. Und zwar gilt das für beide Geschlechter\*), ohne jeden Unterschied. Erst großjährige Personen gewinnen das Recht der freien, unbehinderten Verfügung\*\*) über ihr Vermögen, welcher Art letzteres auch sei und um welcherlei Verfügungen es sich auch immer handeln möge. Demnach kann also die bauerliche Jungfrau in Esthland, wenn sie großjährig geworden ist, ebenso wie in Livland ihr bewegliches oder unbewegliches Vermögen verkaufen, verschenken, verpfänden, testamentarisch über dasselbe verfügen zc., ohne zu diesen Handlungen eines Rathsfreundes vulgo Geschlechtskurators zu bedürfen. Sie ist in der Vornahme dieser Handlungen also ganz unbeschränkt, ganz so, wie männliche Großjährige. Die Erreichung der Mündigkeit hat auch hier nur oder doch vorzugsweise die Bedeutung, daß es von da ab den Eltern untersagt ist, ohne Einwilligung ihrer Kinder über die Dienstkräfte derselben zu Gunsten dritter Personen zu verfügen\*\*\*). — Abweichungen lassen sich allerdings in zweierlei Hinsicht konstatieren. Zum ersten erlangen nach esthländischem Bauerrecht (Art. 1079 in fin. der esthl. B. B.) schon Mündig gewordene beiderlei Geschlechts das Recht, die Herausgabe der ihnen gebührenden Einkünfte zu fordern, ein Satz, der dem livländischen und erst recht dem kurländischen Bauerrecht fremd ist, und zum andern fehlt im esthländischen Bauerrecht die Bestimmung des § 954 in fin. der livl. B. B., daß unberatene mündige (aber nicht volljährige) Frauenzimmer sich selbst einen Kurator wählen. Allein diese Abweichungen tangieren nicht die sonstige Gleichheit der rechtlichen Stellung der volljährigen esthländischen und livländischen Bäuerin, soweit es sich um das ihr zustehende Recht der selbstständigen Disposition über das Vermögen handelt. Wenn sie aber dieses letztere Recht d. h. die Dispositionsfreiheit hinsichtlich ihres Vermögens hat, so muß sie umsoeher die allgemeine Handlungsfähigkeit d. h. die Fähigkeit besitzen, auch solche Rechtsgeschäfte einzugehen, solche Rechtshandlungen vorzunehmen, die zunächst in keiner direkten Beziehung zum Vermögen stehen (Beispiele: Darlehnsaufnahme, Werklieferung zc.). Der Schluß a fortiori ist also hier ebenso berechtigt wie im livländischen Bauerrecht. —

---

\*) Vgl. Art. 1079 u. 1080 der esthl. B. B. v. Jahre 1856.

\*\*) Vgl. Art. 1079 der esthl. B. B.

\*\*\*) Vgl. Art. 1073 der esthl. B. B.

Während nun so das liv- und esthländische Bauerrecht von einer Beschränkung der Dispositions- resp. Handlungsfähigkeit der großjährigen Jungfrau nichts weiß, vielmehr alle Rechtshandlungen streitiger oder nichtstreitiger Natur auch ohne Mitwirkung eines männlichen Assistenten oder Rathsfreundes wirksam sein läßt, scheint sich das mit dem kurländischen Bauerrecht anders zu verhalten. Von Bedeutung ist hierbei § 78 der kurländischen Bauerverordnung vom J. 1817. Derselbe sagt verbo tenus:

„Ein Kurländischer Bauer wird als unmündig betrachtet, so lange er nicht das einundzwanzigste Jahr vollendet hat. Nachdem er aber in dieses Alter getreten ist, gelangt er zur freien Disposition seines Vermögens, und die Vormünder müssen ihr Amt niederlegen. Eine Kurländische Bäuerin erlangt gleichfalls mit ihrem zurückgelegten einundzwanzigsten Jahre die Volljährigkeit, nur kann sie ohne Assistenten keine rechtliche Handlung vollziehen.“

Dieses Gesetz läßt zunächst erkennen, daß das kurländische Bauerrecht eine prinzipielle Unterscheidung zwischen den beiden Altersstufen der Mündigkeit (vom 17.—21. Lebensjahre) und der Großjährigkeit (vom 21. Lebensjahre), wie sie das liv- und esthländische Bauerrecht statuiert, nicht kennt, wiewohl andererseits § 76 die uns schon bekannte Bestimmung der liv- und esthländischen Bauerverordnung wiederholt, zufolge welcher der Kurländische Bauer über die Arbeitskräfte seines Kindes von dessen 17. Jahre ab nicht mehr ohne Zustimmung desselben zu Gunsten Dritter verfügen darf. Der gedachte § 78 setzt aber beide Altersstufen, die der Mündigkeit und Großjährigkeit, einander gleich und läßt beide mit vollendetem 21. Lebensjahre eintreten. Unmündige sind nach kurländischem Bauerrecht dasselbe wie Minderjährige und Mündige folglich nichts Anderes als Volljährige. Die rechtliche Stellung, die Handlungsfähigkeit der Mündigen ist dieselbe wie die der Großjährigen. Das 17. Lebensjahr giebt dem Minderjährigen noch nicht das Recht, die Einkünfte aus seinem Vermögen zu fordern und noch weniger das Recht über sein Vermögen rechtsgültig zu verfügen. Dieses Recht verleiht § 78 erst dem 21-jährigen Bauern. Von diesem Zeitpunkt ab müssen die Vormünder ihr Amt niederlegen. Nun wird aber auch von den Bäuerinnen gesagt, sie werden mit Erreichung des 21. Lebensjahres volljährig, allein — wird hinzugefügt — sie können ohne Assistenten keine rechtlichen Handlungen vollziehen. —

Was soll dieser Schlußsatz des Art. § 78 zit. heißen, was will er besagen?

Hält man diesen § mit den vorhergehenden § 77 zusammen, woselbst unter den Personen, für die Vormünder bestellt werden müssen, außer den

Unmündigen, Blödsinnigen und schlechten Haushältern (d. h. Verschwendern und notorischen Trunkenbolden) noch „unberathene Frauenspersonen“ genannt sind, so könnte man sich auf den ersten Augenblick zur Annahme geneigt fühlen, als ob auch die volljährige bürgerliche Jungfrau in ihrer Handlungs- und Dispositionsfähigkeit überhaupt an die obligatorische Mitwirkung eines Assistenten gebunden sei, denn Verfügungen über das Vermögen sind ja auch rechtliche Handlungen und diese sollen, wenn sie ohne Assistenten vorgenommen wurden, nach § 78 doch gerade ungültig sein. —

Eine genauere Analyse der §§ 77 und 78 deckt aber das Irrige dieser Schlußfolgerung auf. Man muß zunächst davon ausgehen, daß § 77 von den Vormündern der von ihm aufgezählten schutzbedürftigen Personen incl. auch der unberathenen Frauenspersonen sagt, sie müßten für die Person und das Vermögen ihrer Pflegebefohlenen Sorge tragen. Wer diese Unterscheidung zwischen der die Sorge für das Vermögen und für die Person etwas näher ins Auge faßt, wird darin mehr als eine bloße zufällige Ausdrucksweise sehen, die gerade zu dieser Aneinanderreihung von Worten geführt hat. Die Sorge für das Vermögen muß offenbar auch in der Person der unberathenen bäuerlichen Jungfrau ihr Ende erreichen, sobald letztere großjährig oder mündig geworden ist (was ja Beides nach kurländischem Bauerrecht ein und dasselbe ist) d. h. mit anderen Worten: die Vormundschaft über die Bäuerin hört dann ebenso auf, wie die Vormundschaft über den großjährig gewordenen Bauern. Dann aber müssen die Vormünder die Verwaltung des Vermögens mit diesem Moment einstellen und dem Gemeindegerecht ihre Schlußrechnung abgeben. Das ist zwar für die Person der Jungfrau im Gesetz nicht direkt gesagt und namentlich nennt § 77 die unberathene Jungfrau neben resp. nach den unmündigen Personen beiderlei Geschlechts, woraus man schließen müßte, daß damit unmöglich minderjährige, sondern nur volljährige Jungfrauen gemeint sein könnten. Allein unter den „rechtlichen Handlungen“, die der Schlußsatz des § 78 seitens der bäuerlichen Jungfrau nur unter Mitwirkung eines Assistenten vollzogen werden läßt, auch die einzelnen ihr Vermögen betreffenden Verfügungshandlungen sowie überhaupt den Abschluß von irgendwelchen, nicht zunächst das Vermögen betreffenden Rechtsgeschäften resp. Rechtshandlungen zu verstehen, würde sich schon angesichts des unscheinbaren Wörtchens „gleichfalls“ im Schlußsatz des § 78 verbieten:

... „Eine kurländische Bäuerin erlangt gleichfalls mit ihrem zurückgelegten einundzwanzigsten Jahre die Volljährigkeit, nur kann sie... 2c.“.

Vorher war gesagt, daß der Bauer, wenn er 21 Jahre alt geworden, die freie Disposition seines Vermögens erlange, und die Vor-



münder dann ihre Vormundschaft niederlegen müßten. Wenn derselbe § dann fortfährt: ... Eine furländische Bäuerin ... erlangt ... gleichfalls die Volljährigkeit, wenn sie 21 Jahre alt geworden ist,“ ... so ist damit offenbar auf die jetzt auch für sie erwachsende Dispositionsfreiheit über ihr Vermögen hingewiesen, denn in irgend etwas muß sich der Kreis der ihr nunmehr zustehenden Befugnisse doch verändert und erweitert haben, und worin anders sollte wohl diese Erweiterung ihrer Machtsphäre bestehen, als gerade in der Einräumung der freien, unbeschränkten Verfügungsgewalt über ihr Vermögen, so wie sie nach § 78 jedem 21 jährigen Bauer zustehen soll, besonders, wenn man erwägt, daß nach § 63 das männliche und weibliche Geschlecht die gleiche rechtliche Stellung einnehmen, falls im Bauerrecht oder sonst wo in andern Gesetzen nicht ausnahmsweise und ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist. Wie nun aber letzteres eben nicht der Fall ist, so wäre es andererseits widersinnig, dem Gesetzgeber zu unterlegen, er habe in den §§ 77 und 78 die volljährige unberathene (d. h. vaterlose) Jungfrau in Bezug auf die Verwaltung und Disposition ihres Vermögens ganz auf gleiche Stufe mit den Minderjährigen, schlechten Haushaltern und Blödsinnigen, denen man natürlich keinerlei Verfügungsrechte über ihr Vermögen einräumen darf, stellen wollen. Wenn sonach der volljährigen Jungfrau schon aus diesem Grunde die freie Verfügung über ihr Vermögen und somit auch die Verwaltung desselben nicht gut abgesprochen werden kann, so hat es einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich, daß nach Absicht des Gesetzgebers die Vormünder der unberathenen, aber volljährigen Frauenspersonen in § 77 offenbar nur für ihre Person, nicht für ihr Vermögen zu sorgen d. h. die ihnen in gewissen Fällen ermangelnde Handlungsunfähigkeit durch ihre Mitwirkung zu ergänzen haben und zwar auch nicht immer und in jedem Fall, sondern nur bei Vornahme ganz bestimmter einzelner Handlungen, während im Uebrigen gerade aus der Dispositionsfreiheit über das Vermögen im Allgemeinen auch die Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der volljährigen Jungfrau im weitesten Umfang zu folgern wäre. Somit würden sich dann die Fälle, in denen die unberathene großjährige Jungfrau eines Assistenten oder Vormundes bedarf, mit den rechtlichen Handlungen in § 78 decken, deren Vornahme ohne Assistenten auch der volljährigen Jungfrau nicht gestattet sein soll. Die in § 77 für unberathene Frauenspersonen angeordnete Vormundschaft hat es also nur mit der Person, nicht mit dem Vermögen derselben zu thun. In der letztern Hinsicht genießen sie dieselbe Unbeschränktheit wie die Mannspersonen, in der ersteren sind sie in der Vornahme „rechtlicher Handlungen“ beschränkt, da solche sich nur dann als vollgültig erweisen, wenn sie unter Mitwirkung des Vormundes oder Assistenten erfolgen. Fragt man aber nach dem

Begriff der „rechtlichen Handlungen“ und was überhaupt der Gesetzgeber darunter verstanden wissen wollte, so ist als Antwort darauf am Besten auf § 377, P. 3 der furländischen B. B. zu verweisen. Derselbe enthält unter anderem die uns schon bekannte Bestimmung, daß Wittween und majorenne Mädchen ohne Mitwirkung oder Beirath eines Assistenten keinerlei rechtsverbindliche Handlungen vor Gericht vornehmen können. Hiernach wären unter den „rechtlichen Handlungen“ des § 78 zit. einmal prozessuale Handlungen zu verstehen, von denen schon früher die Rede war, dann aber auch alle der unstreitigen Gerichtsbarkeit unterliegenden Handlungen, so z. B. Stellung eines Antrags auf Bestätigung eines testamentarischen oder Intestat-Erbrechts, gerichtlicher Abschluß eines Vertrages, Errichtung eines öffentlichen Testaments vor dem Gemeindegerecht zc., kurzum die rechtlichen Handlungen, die vor Gericht oder unter Beihülfe von Gerichtspersonen vorgenommen werden, mag es sich nun um Angelegenheiten prozeßrechtlicher d. h. streitiger oder um solche unstreitiger Natur handeln. Alle derartigen Handlungen kann die großjährige Jungfrau ohne Mitwirkung — oder wie es in § 377 P. 3. heißt — ohne Beirath eines Assistenten nicht vollziehen, wenn sie rechtsgültig sein sollen. — In jeder anderen Beziehung hat die majorenne Jungfrau — auch wenn sie unberathen d. h. vaterlos oder überhaupt alleinstehend ist — unbeschränkte Handlungs- und Dispositionsfähigkeit d. h. sie kann über ihr Vermögen selbstständig mit vollster Rechtswirksamkeit verfügen, sie kann Rechtsgeschäfte aller Art eingehen, sie kann Schulden kontrahieren zc., ohne daß solche Rechtsakte zu ihrer Gültigkeit noch der Mitwirkung eines männlichen Beirathes oder Vormundes bedürfen. \*) Wäre die majorenne Jungfrau auch in allen ihren anderen Rechtshandlungen d. h. den nach unserer Auffassung nicht zu den „rechtlichen Handlungen“ des § 78 gehörenden an die Mitwirkung eines Beirathes gebunden oder hätte sie in diesen Fällen unter einem Vormund zu stehen, so würde die Erreichung der Volljährigkeit seitens der majorennen Jungfrau für letztere keinerlei Erweiterung ihrer rechtlichen Machtsphäre involvieren: ihre rechtliche Stellung wäre dann dieselbe wie die einer Minderjährigen. Und doch ist es unmöglich, anzunehmen, der Gesetzgeber habe der Erreichung des 21. Lebensjahres seitens der Jungfrau keinerlei rechtliche Bedeutung beilegen wollen.

---

\*) v. Bunge: „Das furländische Privatrecht,“ (1851), § 32, S. 47 f., der die von uns besprochenen §§ der furländischen B. B. bloß im buchstäblichen Sinn aufzufassen scheint, ohne tiefer in sie einzudringen, befindet sich gewiß in einem argen Irrthum, wenn er die in § 77 angeordnete „Vormundschaft“ für „unberathene“ Frauenspersonen ganz nach den Grundsätzen über die Vormundschaft im Falle der Minderjährigkeit beurtheilen will.

Das Gefagte gilt aber — das ist scharf hervorzuheben — nur für das furländische Bauerrecht vor der Justizreform in den Ostseeprovinzen vom J. 1889. Denn die Justiznovelle kennt im Gegensatz zu § 77 der furländischen B. V. Vormundschaft und Kuratel nur über Minderjährige, Geistesranke, Abwesende (Erben?), Versholene und Verschwenner, nicht aber auch über alleinstehende volljährige Jungfrauen. Es geht das aus den Motiven zu II, A, II der Justiznovelle, Art. 242 hervor, die schlimmsten Falles als Legalinterpretation des § 78 aufzufassen wären, sowie aus dem weitem Umstande, daß auch die folgenden Artt. 243—275 nirgends auf großjährige Jungfrauen Bezug nehmen. Will man also den Assistenten des § 78 oder den Vormund des § 77 auch für das heutige furländische Bauerrecht beibehalten, so kann man ihm nur den Charakter eines nicht obligatorischen d. h. überflüssigen Rathgebers verleihen, dessen Nichthinzuziehung seitens der Jungfrau in den vorhergenannten Einzelfällen für die Rechtsbeständigkeit der von ihr vorgenommenen Handlung irrelevant ist, dessen Hinzuziehung also ihr nur anheim gestellt wird. Eine beachtenswerthe Unterstützung erfährt dieses Ergebnis durch den schon in dem vorigen Abschnitt über die Kriegsvormundschaft hervorgehobenen Umstand, daß nach heutigem Bauerrecht die selbstständige Prozeßführung der majorennen Jungfrau keinem Zweifel unterliegen kann und es jedenfalls ein höchst verwerfliches Resultat wäre, das materielle Privatrecht in Widerspruch zum formellen Privatrecht treten zu lassen d. h. die Gerichtsstandsfähigkeit der volljährigen bäuerlichen Jungfrau in Grundlage des Art. 5 zit. II, A II zuzusprechen und ihr in demselben Athemzuge die selbstständige Vornahme von Rechtsgeschäften zu versagen und sie unter die Bevormundung eines Beiraths zu stellen. —

Betrachten wir also unsere Frage vom Standpunkt des heute geltenden furländischen Bauerrechts, so ist das Ergebnis dasselbe, wie wir es für das liv- und esthländische Bauerrecht erhalten haben, nämlich völlige Selbstständigkeit der bäuerlichen volljährigen Jungfrau in der Vollziehung aller möglichen Rechtsgeschäfte, in der Disposition über ihr Vermögen sowie überhaupt in der Vornahme von Rechtshandlungen jeglicher Art, ohne die Verpflichtung, sich dabei — mag sie auch noch so allein dastehen (d. h. unberathen sein) — der Beihülfe eines Vormundes oder Assistenten zu bedienen. —

## B. Die Ehefrau.

Die Untersuchungen über die „kriegerische Vormundschaft“ haben auch die Frage der Dispositions- und Handlungsfähigkeit der Ehefrau berührt und

gewisse leitende Gesichtspunkte bereits an jener Stelle hervorgehoben. Obwohl nun dadurch die detaillierte Beantwortung der Frage nicht unwesentlich erleichtert ist, so erscheint es dennoch nicht überflüssig, jene allgemein gehaltenen Umrisse nunmehr noch etwas genauer zu zeichnen. —

Die freie Dispositionsbefugniß sowie die unbeschränkte Rechtsgeschäftsfähigkeit der Ehefrau läßt sich im Allgemeinen nicht in Abrede stellen und man darf nicht daran zweifeln, daß sie zur rechtsgültigen Vornahme derartiger Handlungen der Mitwirkung ihres Ehemannes als ehelichen Beirathes oder einer dritten Person als eines etwaigen Rathsfreundes keineswegs bedarf, denn durch die Ehe büßt die Frau ihre Handlungsfähigkeit, soweit dadurch nicht die ehemännlichen Mundbefugnisse verletzt werden, keineswegs ein\*). Das stellt schon Art. 2916 klar. Nach demselben soll die Dispositionsbefugniß allen denjenigen Personen fehlen, die unter elterlicher Gewalt, unter Vormundschaft oder Kuratel stehen. Letzteres trifft aber bei den Ehefrauen nicht zu. Sie stehen weder unter elterlicher Gewalt, noch unter Vormundschaft oder Kuratel. Daß aber die eheliche Vormundschaft, der die Ehefrau in der Person ihres Mannes allerdings unterworfen ist\*\*), unmöglich mit der Vormundschaft über Minderjährige oder mit der Kuratel über Verschwender, Bankerotteure oder Geistesranke in eine Linie gestellt werden kann, dürfte sich wohl von selbst verstehen\*\*\*). Und noch weniger gehören sie zu den Personen, deren Verträge nach Art. 3108 wegen mangelnder Willensfähigkeit schlechthin nichtig sind. Denn Artt. 2914 und 2916 nennen selbstredend unter den der Willensfähigkeit ermangelnden Personen die Ehefrau nicht. Gehören die Ehefrauen nicht zu den schutzbedürftigen Personen, rechnet sie der Gesetzgeber also nicht zu letztern, so kann für ihn auch keine Veranlassung vorliegen, ihnen einen Schutz in der Person des ehelichen Beirathes oder Assistenten d. h. ihres Ehegatten, aufzudrängen, geschweige denn sie den unter Vormundschaft oder Kuratel Stehenden gleichzustellen. Sagt Art. 2916: die und die Personen haben die Dispositionsbefugniß nicht, so folgt daraus von selbst, daß Alle, die er unter jenen der Dispositionsbefugniß ermangelnden Personen nicht nennt,

\*) Vgl. Stobbe, Handbuch B. IV, § 228. C. 144 u. Roth: System B. II, Seite 22.

\*\*) Vgl. Raptierst: Die Morgengabe des rätischen Rechts, C. 8 und 15, Maurenbrecher, l. c. B. II, § 521, C. 201, Phillips l. c. B. II, § 141, Seite 195.

\*\*\*) So auch das Urtheil des Rät. Rathes vom 27. April 1881 sub Nr. 2687 in B. VI der Zwingmann'schen Sammlung, C. 94 f., N. 1009.

eben verfügungsberechtigt sind\*). Die Ehefrau ist daher zur selbstständigen Vollziehung jeglicher Art von Rechtsgeschäften befähigt und berechtigt, sie kann rechtsgültige Schulden kontrahieren, Verträge schließen, ohne der Zuziehung eines Rathsfreundes zu bedürfen\*\*), alle ihre Rechtshandlungen sind mit vollster Wirksamkeit ausgestattet, ja auch ihre Verfügungs- resp. Veräußerungsgeschäfte über ihr Vermögen oder einzelne zumselben gehörige Stücke entbehren nur insoweit der Gültigkeit, als dadurch nicht etwa die dem Ehemann am Frauenvermögen gebührenden ehewormundschaftlichen Befugnisse und Rechte (z. B. Nutznießung und Verwaltung) eine Schmälerung erfahren\*\*\*). Besonders für den Abschluß von Rechtsgeschäften seitens der Ehefrau, die garnicht oder wenigstens nicht in unmittelbarer, direkter Beziehung zum Vermögen stehen, geht das schon aus allen denjenigen im Vorhergehenden angeführten Artikeln hervor, die einen gültigen Abschluß des Rechtsgeschäfts z. B. Darlehnsaufnahme einer nothwendig voraussetzen resp. den Grundsatz aussprechen, daß die Frauengläubiger am Illatengut der Frau, so lange die Ehe dauert, keine Befriedigung resp. Exekution erlangen können. — Wäre es doch ein Nonsens, wenn der Gesetzgeber davon spricht, daß der Mann für die „Schulden“ der Ehefrau nicht haftet, falls das in casu von ihr kontrahierte Schuldverhältniß nur dann gültig wäre, wenn der Mann durch Mitwirkung seine diesbezügliche Einwilligung in die Kontrahierung der Schuld erteilt habe, entgegengesetzten Falls dagegen sich unter allen Umständen als unwirksam erweisen sollte! Für eo ipso ungültige Schulden haftet man natürlich nicht, die besondere Hervorhebung der Nichthaftung wäre ein lächerliches superfluum und ebenso wäre es überflüssig, noch besonders darauf hinzuweisen, daß die Gläubiger in keinem Fall berechtigt sind, wegen solcher Schulden — so lange die Ehe dauert — das der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung unterliegende Illatenvermögen der Frau anzutasten und an demselben Exekution zuverlangen. Denn diese Schulden sollen ja eben schon von vornherein ungültig sein. Was nun die Verfügungsberechtigung der Frau über ihr Vermögen anbetrifft, so steht wenigstens so viel fest und ist auch gleichmäßig in Praxis wie in Theorie unbestritten, daß sie über ihr Sondergut nach Gefallen disponieren kann, ohne zur

\*) So auch das auf Seite 482 Note \*\*\* dieser Abhandlung zit. Appellationserkenntniß des Rigaschen Rathes, vgl. Zwingmann's Sammlung, Bd. VI, S. 95.

\*\*) So auch richtig Kupffer l. c., S. 269, allein mit fälschlicher Beschränkung auf die außergerichtlichen Rechtsgeschäfte. —

\*\*\*) Vgl. Napierfky: Die Morgengabe des rigischen Rechts, S. 8 u. 15, Erdmann, Güterrecht, § 2, S. 48; Roth, System, Bd. II, § 91, S. 22 f., Stobbe: Handbuch, Bd. IV, Seite 144; Heimbach sen. in Weiskes Rechtslex. B. XIII, S. 573 u. 582; Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, § 85, S. 392 ff.

Gültigkeit ihrer Dispositions-handlung der Zustimmung resp. Mitwirkung ihres Ehemannes zu bedürfen, sowie daß ihre Verfügung auch über das Illatenvermögen rechtsgültig ist, wenn sie Kauf- oder Handelsfrau ist und als solche handelt. Jedoch ist im letzteren Fall — wie das auch in der Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts betont wird — erforderlich, daß erstens der Mann seine Einwilligung zum Betriebe des Handelsgeschäfts gegeben hat und zweitens das Rechtsgeschäft sich gerade auf das von der Frau betriebene Handelsgewerbe bezieht\*). Muß hiernach die allgemeine Handlungs- und Geschäftsfähigkeit der Ehefrau *tutti quanti* anerkannt werden\*\*) und erwägt man, daß letztere vom Th. III des Prov. Rs der ohne ihren ehelichen Assistenten handelnden Ehefrau nicht abgesprochen wird, so bleibt in der That nur übrig, eine Beschränkung der Ehefrau in der genannten

---

\*) Vgl. Artt. 92 u. 104 Th. III des Prov. Rs und dazu Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 102, S. 574—578. Letztgenannter Schriftsteller begründet das — namentlich soweit es sich um Schuldenkontrahierungen der verheiratheten Kauffrau handelt — für das gemeine deutsche Privatrecht in folgender, zum Theil auch für das baltische Recht zutreffender Weise:

„Dieser Grund wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß, wenn Mann und Frau einen gemeinschaftlichen Handel treiben, der Mann dadurch an den Orten, wo er über das Vermögen der Frau sonst nicht verfügen und Schulden darauf machen darf, ein freieres Verfügungsrecht über dasselbe in der Art bekommt, daß er es nicht bloß so weit das Gewerbe dieß erfordert, zu veräußern berechtigt ist, sondern daß auch die Frau aus allen Schulden, welche er für dasselbe kontrahiert, eben so gut, wie er selbst, belangt werden kann, so daß die Ehegatten in einen solchen Fall in der That für alle Schulden, welche einer von ihnen für das Gewerbe macht, immer solidarisch haften. Sie stehen daher hierbei zu dritten in der That in dem nämlichen Verhältnis wie zwei Compagnons bei einer sg. offenen Handelsgesellschaft. Hiernach kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Grund der solidarischen Haftungspflicht der Ehegatten für die aus dem gemeinschaftlich betriebenen Handel entstandenen Schulden nicht allein in dem ehelichen Güterverhältnis, sondern neben diesem in den Bedürfnissen des Handelsverkehrs gesucht werden muß. Er scheint mir nämlich darin zu liegen, daß wenn mehrere Personen mit einem gemeinschaftlichen Vermögen Handel treiben, dritte anzunehmen berechtigt sind, daß jeder dem andern auf den Bestand dieses Vermögens Credit gegeben habe, da es mit einem lebhaften Handelsverkehr durchaus unverträglich ist, wenn man von ihnen verlangen wollte daß sie, ehe sie sich mit einer der Personen, die der Handlung vorstehen, in ein Handelsgeschäft einließen, sich erst genau erkundigten, wie viel deren Antheil an der Handlung eigentlich betrage. Da nun aber eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Mannes ebensowenig ihr eigenes, wie sein Vermögen veräußern und Schulden daraus machen kann, so folgt hieraus auch, daß, wenn er ihr einmal gestattet, Handel zu treiben, da sich sonst das bewegliche Vermögen beider Ehegatten dritten gegenüber immer als ein Ganzes darstellt, man diesen auch nicht zumuthen kann, wenn sie mit der Frau kontrahiren, erst zu untersuchen, wie weit das eigene Vermögen derselben reiche, und also angenommen werden muß daß der Ehemann durch seine Gestattung ihr für das ganze bewegliche Gesamtgut Credit gemacht habe.“

\*\*) Vgl. auch Kraut, Vormundschaftsrecht Bd. II, § 85. S. 402. —

Hinsicht bloß in denjenigen Fällen eintreten zu lassen, die das Provinzialgesetzbuch ausdrücklich namhaft macht oder die eine Rücksichtnahme auf das eheliche Mundium (d. h. die eheliche Vormundschaft) zum Schutz der daraus fließenden Rechte des Ehemannes am Illaten = gute der Frau (d. h. der Nutznießungs- und Verwaltungsbefugniß mit Allem, was drum und dran hängt) unumgänglich erheischen \*). In der letztern Hinsicht wären nun unsere früheren Ausführungen über diesen Gegenstand noch durch nachfolgende Bemerkungen zu ergänzen: so oft nämlich die Verfügungshandlung der ohne ihren Mann negotiierenden Ehefrau das der ehelvormundschaftlichen Verwaltung und Nutznießung unterworfenen Illatenvermögen oder einzelne zu demselben gehörige Objekte zu ihrem Gegenstande hat, ist jene zwar nicht schlechthin nichtig, allein sie kann doch auch nicht Anspruch auf Vollwirksamkeit erheben. Veräußert, verpfändet oder belastet sie auf sonst irgend eine Weise ohne ihres Mannes Einwilligung Illatengut, so wird der Käufer oder dinglich Berechtigte Tradition des Kaufgegenstandes oder den Besitz des belasteten Gegenstandes in der Regel nicht erlangen können, da sich die Illaten in der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes, also in dessen Händen befinden und dieser sich weigern wird, den beanspruchten Gegenstand herauszugeben, und sollte es zum Prozeß kommen, so muß der klagende Käufer oder Pfandgläubiger in demselben zweifellos unterliegen, denn der Ehemann wird sich auf die in seiner Person stattfindende Ehevogtei berufen. Aus demselben Grunde wäre auch die Ehefrau selbst berechtigt, die Erfüllung des Vertrages, als den ehelvogteilichen Befugnissen des Mannes zuwiderlaufend, für die Dauer der Ehe zu verweigern\*\*) und dem Käufer zc. bliebe dann nur übrig, entweder bis zur Auflösung der Ehe zu warten oder sich an dem etwaigen Sondergut der Ehefrau schadlos zu halten d. h. den ihm durch Vereitelung des Vertrages erwachsenen Schaden aus dem Sondergut der Frau heizutreiben. Die Vollwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts ist also zum Mindesten pendent, jedenfalls für die Dauer der Ehe d. h. die Einzelwirkungen oder Folgen des Geschäfts können und werden in der Regel vom Ehemann durchkreuzt und hinfällig gemacht werden, das Rechtsgeschäft kommt sozusagen nicht zur freien, allendlichen Entfaltung. Nur liegt das weniger in einem Mangel der

\*) Ähnlich auch Gürgens: Ueber das Prinzip des ehelichen Güterrechts in Jahrg. IV der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Dorpat (1873) S. 31 f. u. S. 34, sowie Kupffer in derselben Zeitschrift I. c. S. 267.

\*\*) Anderer Ansicht für das gemeine deutsche Priv. R. Kraut, Vormundschaftsrecht, Ab. II, S. 401 f., der der Frau kein Anfechtungsrecht zustehen will. —

ehelichen Geschäftsfähigkeit, als vielmehr in der eigenthümlichen Beschaffenheit der Ehegattei und der für den Ehemann dadurch geschaffenen Macht-sphäre. Ist speziell ein Immobil Gegenstand des Verkaufsgeschäfts und zwar ein solches Immobil, das in den Kreposbüchern nicht auf den Namen der Frau als Sondergut, sondern als Allatengut verzeichnet steht oder von den Ehegatten gemeinsam erworben war, so kann der Erwerber — oder im Fall der dinglichen Belastung der dinglich Berechtigte — die erforderliche Einwilligung des andern Theils in die Korroboration nicht erlangen und wird sie von der Ehefrau allein für sich dennoch ertheilt, so wäre die Krepostabtheilung trotzdem nicht befugt, die Korroboration zu vollziehen, sondern muß das diesbezügliche Gesuch abweisen, solange der Ehemann nicht die betreffende Urkunde unterzeichnet und dadurch seine Einwilligung kundgegeben hat. Da aber nach Prov. N. beim Erwerb von Immobilien nur die Korroboration Eigenthum verschafft \*), so wäre das von der Ehefrau einseitig ohne den Mann vollzogene Veräußerungsgeschäft nicht geeignet, dem Käufer zc. Eigenthum zu verschaffen. Aber auch wenn es sich um Sondergut handelt, sind — vorausgesetzt, daß es ein Immobil ist — die Verbindungsschriften, die von der Ehefrau in Beziehung auf dasselbe ausgestellt werden, nur dann beiderseits unanfechtbar, wenn sie der Ehemann als ehelicher Beirath mitunterzeichnet hat. Entgegengesetzten Falls nämlich kann die Ehefrau für ihre Person sich der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten entschlagen, falls sie dieselben nicht nachträglich, mit Zustimmung des Ehemannes, anerkannt hat \*\*). Wir hätten somit hier den Fall eines wahren negotium claudicans zu registrieren, das zwar den dritten Erwerber, nicht aber die Frau verpflichtet, letztere also nur berechtigt, was sich als Ausnahme von der sonst bedingungslos im Prov. N. anerkannten Verfügungsfreiheit der Ehefrau über ihr Sondergut darstellt \*\*\*). Handelt es sich aber um bewegliches Sondergut, so ist eine Zustimmung resp. Mitwirkung des Mannes bei den von der Ehefrau über letzteres geschlossenen Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäften natürlich nicht erforderlich und erfolgt sie dennoch, so wird dem Vertrage zc. dadurch keine größere Kraft beigelegt,

\*) Vgl. Art. 809 Ch. III des Prov. Ns.

\*\*) Vgl. Art. 29.

\*\*\*) Vgl. Erdmann, System, Bd. I, § 72, S. 397 f. und im Güterrecht, § 2, S. 48, Note 325. — Die fraglos hierin liegende Inkonsequenz wird von Erdmann l. c. mit Recht aus der Rücksicht auf den mittelbaren Einfluß, den der wichtige Rechtsakt der Immobilärveräußerung auf die gesammte Vermögenslage der Ehefrau, auf das Erb-recht der Descendenten und die Ehe-lasten überhaupt ausüben muß, erklärt, wogegen Gürgens l. c. S. 91, Note 1 sich damit begnügt, diese Inkonsequenz einfach zu konstatieren.



als er sie ohne dem haben würde. Zwar können die in diesem Fall aus dem Rechtsgeschäft sich ergebenden Schuldverhältnisse den Charakter von Gesamtschulden annehmen und somit auch das in der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung befindliche Vermögen der Frau ergreifen, aber das nur dann, wenn es feststeht, das erstens die Frau das Rechtsgeschäft nicht nur in Bezug auf das Sondergut und an demselben eingehen, sich also nicht nur mit letzterem verpflichten wollte\*), sondern mit ihrem ganzen Vermögen, und daß zweitens auch eine Uebereinstimmung der ehemännlichen Willensrichtung mit der der Ehefrau deutlich erkennbar ist. —

Es giebt nach Prov. N. aber noch eine ganze Reihe von Befugnissen des Ehemannes, die sich auf seine ehehogteiliche Herrschaft, auf seine eheliche Mundialgewalt gründen und deren Ausübung und Verwirklichung für ihn illusorisch wäre, wenn es der Ehefrau gestattet sein sollte, dieselben einseitig, ohne den Ehemann, auszuüben. Wollte man z. B. der Ehefrau gestatten, auf eigene Hand auf ihren Namen ausstehende Schuldforderungen zu kündigen und für sich einzuziehen oder Matengut zu veräußern oder zu verschenken, so würde der Ehemann seines ihm in Art. 45 nach kurländischem Recht, sowie nach liv- und estländischem Landrecht gewährten Rechts des Zinsen- und Fruchtgenusses sogar wie beraubt sein, es würde sich dann für ihn nur um ein papierenes Recht, ohne reale Bedeutung handeln. Man muß es daher wohl für eine einwandsfreie Formulierung halten, wenn man den Satz aufstellt, daß alle Endwirkungen der von der Frau ohne Einwilligung und Mitwirkung ihres Gatten über das Matengut resp. über das zur Gesamtmasse der Gütergemeinschaft gehörige Gut abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, deren eventueller Eintritt das Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Mannes vereiteln oder doch in erheblichem Maße gefährden würde, nicht stattfinden können d. h. das Rechtsgeschäft wird sich in diesem Fall als nicht vollwirksam erweisen. Für Rechtsgeschäfte über Immobilien, die zum Matengut der Frau gehören, dürfte das durch Art. 29 außer Zweifel gestellt sein. Denn wenn sogar — wie wir gesehen haben — die Veräußerung oder Belastung eines zum Sondergut der Ehefrau gehörenden Immobilis, falls sie ohne Einwilligung des Mannes erfolgte, nachher aber von ihr selbst im Hinblick auf das Fehlen jener Einwilligung angefochten wurde, ungültig ist, so kann umsoweniger von der Vollwirksamkeit solcher Dispositionen gesprochen werden, mittelst deren die Ehefrau ohne Einwilligung oder ohne Wissen ihres Mannes ein zum Matengut gehöriges Immobil veräußert oder belastet, das im Gegensatz zum Sondergut doch der ehemännlichen Nutznießung und Verwal-

\*) Ähnlich Gürgens l. c. § 30, S. 101, Note 3.

tung unterworfen ist. Was somit die auf das Vermögen gehenden Verfügungsgeschäfte der ohne den Mann handelnden Ehefrau anbetrifft, so würde sich die im Uebrigen von uns verworfene Theorie von Th. v. Bunge und D. Schmidt — wenigstens zum Theil — akzeptieren und demgemäß der allgemeine Satz aufstellen lassen, daß Verfügungen derselben über ihr Sondergut zu ihrer Gültigkeit der ehemännlichen Assistenz — mit Ausnahme des Falles, wo es sich um Immobilien handelt — nicht bedürfen, wogegen sie, wenn über Illatengut resp. die Gesamtmasse getroffen, nur dann allendliche volle Wirksamkeit erlangen, wenn der Ehemann bei dem Rechtsgeschäft mitgewirkt resp. dazu seine Einwilligung erteilt hat. —

Nicht unerwähnt mag noch bleiben, daß auch Akte der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit resp. Vornahme von Handlungen in öffentlichen Behörden, die nicht Gerichtsbehörden sind, wenigstens in formeller Hinsicht von der Ehefrau gleichfalls mit voller Wirksamkeit ohne ihren Mann vorgenommen werden können, so z. B. Korroborationsanträge in der Krepostabtheilung 2c., nicht aber Adoptionsgesuche, da der Mann das zu adoptierende Kind ernähren müßte, insofern also ein rechtliches Interesse an der Adoption hat und durch seine Nichtzustimmung letztere offenbar verhindern kann.

Gegen das bisher gewonnene Resultat möchte wohl auch Art. 31 keinerlei nennenswerthe Bedenken auftauchen lassen. Denn wenn hiernach die Frau des durch Abwesenheit, Krankheit oder auf andere Weise an der Verwaltung des gemeinsamen Vermögens behinderten Ehegatten diese Verwaltung nicht anders als jeder andere Geschäftsführer (also nach den Grundsätzen über die negotiorum gestio) übernehmen kann, wobei je nach den Umständen sogar ein gerichtlich ernannter Kurator damit zu betrauen ist, so läßt sich diese Vorschrift doch wohl nur daraus erklären, daß es sich hierbei nicht um das Vermögen der Ehefrau allein, sondern insbesondere auch um das mit letzterem vereinigte Vermögen des Mannes handelt, dessen Verwaltung resp. Vertretung diese besondere Schutzmaßregel erheischt. Keinenfalls also wäre man berechtigt, daraus auf eine geminderte Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der Ehefrau zu schließen oder daraus den Satz abzuleiten, daß die Ehefrau zu jedem von ihr abzuschließenden Rechtsgeschäfte, auch wenn letzteres sich auf das Sondergut beziehen sollte, der Mitwirkung ihres Mannes bedürfe, um dem Rechtsgeschäfte Gültigkeit zu verleihen.

Wenn aber die Verfügung der Ehefrau zwar das Illatengut betrifft, allein in die Mundialbefugnisse des Ehemannes in keiner Weise eingreift, so wird man ihr Vollgültigkeit wohl schwerlich

absprechen dürfen. Als Beispiel ließe sich der Fall anführen, daß die Ehefrau das Rechtsgeschäft eingeht, um für das Allatengut einen Erwerb zu machen, z. B. durch Hinzukauf eines den Werth des Allatengutes erheblich vergrößernden Objektes, denn jede Vermehrung oder Wertherhöhung der Allaten gereicht dem Ehemann zu seinem Vortheil, man muß ihm daher schon von diesem Gesichtspunkt aus ein Interesse an der Anfechtung des ohne ihn eingegangenen Rechtsgeschäfts absprechen. Er wird letzteres also gelten lassen müssen. —

Von allgemeiner Bedeutung dürfte jedoch auch an dieser Stelle die durch Art. 30 statuierte Ausnahme sein. Ueberall nämlich, wo das Rechtsgeschäft — einerlei, um welches es sich handelt — zwischen beiden Ehegatten abgeschlossen wird, muß sich die Ehefrau zu dem betreffenden Akte einen besondern Beirath oder Rathsfreund wählen\*), weil dies einer der Fälle ist, wo die Interessen beider Ehegatten mit einander kollidieren. Und zwar scheint die Vorschrift dieses Artikels nicht nachgiebiger, sondern zwingender Natur zu sein d. h. deren Nichtbeachtung dürfte Nichtigkeit oder doch Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben\*\*).

\*) Daß solches namentlich bei Veräußerungen zwischen Ehegatten altes deutsches Recht war, darüber vgl. Heimbach sen. Vormundschaftsrecht, in Weiskes Rechtslex. Bd. XIII, S. 582 f. — Nur wird der Beistand in den alten Quellen vielfach nicht Beirath, sondern Vormund genannt, vgl. Sachsenspiegel, B. I, Art. 44. — Für das gemeine deutsche Priv. R. vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 88, S. 425 ff.

\*\*) Ein weites Anwendungsfeld für die in Art. 30 zit. ausgedrückte Regel dürften die Eheverträge, gegenseitigen Testamente zwischen Ehegatten sowie die zwischen letzteren abgeschlossenen Erbverträge abgeben, vgl. Artt. 33—40 u. 2411 ff. Th. III des Prov. R. S. Speziell hinsichtlich der gegenseitigen Testamente ist zu bemerken, daß in Meval und Kurland die testierende Ehefrau, wenn sie zugleich zu Gunsten ihres Ehemannes testiert, an die Zuziehung eines Assistenten nicht gebunden ist, wie sie auch sonst nach Art. 1992 bei Testamentserrichtungen keines Beirathes oder Rathsfreundes bedarf. Denn es überwiegt eben hier nicht, die allgemeine Regel des Art. 30, daß im Falle von Interessenkollisionen zwischen Ehegatten die Ehefrau bei Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts stets einen Assistenten zur Seite haben muß, sondern die spezielle Bestimmung des Art. 1991 („außer Meval“). — Eine Interessenkollision zwischen den Ehegatten im Sinne des Art. 30 zit. dürfte dagegen nicht angenommen werden, wenn der eine Ehegatte für den andern Bürgschaft leistet. Die Bürgschaft soll nur zur Sicherung oder Bestärkung der Hauptobligation dienen. Letztere aber hat der Ehegatte — mag es nun der Mann oder die Frau sein — nicht mit dem andern Ehegatten, sondern mit einem Dritten kontrahiert, er hat sich nur diesem gegenüber obligiert. Folglich bedarf die Ehefrau in diesem Fall — mag sie nun der intercedierende Theil sein oder derjenige, für den Bürgschaft geleistet wird — keines Beirathes oder Assistenten in der Person irgend eines Dritten. (Nach einem Herzoglich-Altenburgschen Gesetz vom 18. Nov. 1836 soll dagegen die Zuziehung eines Beirathes bei Interzessionen der Ehefrauen für ihre Männer für nothwendig erklärt worden sein, vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 72,

Einer näheren Betrachtung bedarf noch die Testamentserrichtung der Ehefrau. Von entscheidender Bedeutung ist hier Art 1991. Derselbe verordnet, daß in Liv- und Esthland, nicht aber in Kurland\*) und Reval\*\*) die Ehefrau nur mit Beirath und Einwilligung ihres Mannes über ihr Vermögen auf den Todesfall verfügen darf\*\*\*), wobei, wenn letzterer

§. 321 f., Note 18. — Nur nach römisch=justiniantischem Recht waren Bürgschaften der Ehefrauen für ihre Männer ganz ungültig, einerlei, welche Form dabei beobachtet wurde, mit Ausnahme des einen Falles, wenn die aufgenommene Schuld zum Besten der Frau verwandt wurde, vgl. v. Wächter, Pand., Bd. II, § 222, S. 513. —) — Uebrigens wäre Art. 30 ztt. auch auf den Fall zu beziehen, wo die Ehefrau Sondergutsimmobilien ihrem Mann veräußert oder verpfändet. Auch hier bedarf es zur Gültigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes eines Rathsfreundes oder Beirathes auf Seiten der Ehefrau.

\*) Vgl. Bunge, Kurl Priv. R. § 267, S. 535 f. — Neumann, Das Kurländische Erbrecht, § 53, S. 163 f. begründet das damit, daß letztwillige Verfügungen an sich nichts mit dem Mundium des Ehemannes zu thun hätten. —

\*\*) Die wenigstens relative (aktive) Testamentifikation der Ehefrauen war schon altes lübisches Recht, wie das von Pauli, Abhandlungen, B. III, S. 372, 413, u. 432 ff. und passim an der Hand eines reichhaltigen Quellenmaterials nachgewiesen ist. Dem scheinen allerdings die Artt. 10 u. 14, B. II tit. 1 des revidierten lübischen Rechts zu widersprechen, wofolbst angeordnet ist, daß jedenfalls Ehefrauen — ausgenommen Rauffrauen und Wittween — das Recht, ein Testament zu errichten gänzlich entzogen sei. Allein die sorgfältigen Untersuchungen Pauli's haben ergeben, daß die Revisoren des Stadtrechts, die doch nur die Aufgabe hatten, das damals geltende Recht zu sammeln und zu kodifizieren, hier einen entschiedenen Schnitzer gemacht haben, indem sie dem neuen Statut das hinzufügten, was im alten garnicht drinstand. Es sind nämlich die Artt. 10 u. 14 zitt. nach Pauli S. 432 dahin auszulegen, daß Ehefrauen über selbst=erworbenes oder=gewonnenes Gut sowie überhaupt über Sondergut ohne Mitwirkung oder Konsens etwaiger Rathsfreunds oder Beiräthe, Vormünder oder gar ihrer nächsten Erben testieren dürfen, über das von ihren Männern Ererbte dagegen nur, wenn dieses Recht ihnen im Testament des Mannes zugestanden war. —

\*\*\*). Vgl. auch Bunge, Liv- u. esthl. Priv. R., B. II, § 384, S. 335. — Dagegen ist in einer älteren Rechtsquelle, dem Engelbrecht=Mengdenischen Landrechtsentwurf von J. 1643, B. II Cap. XI, § 5 noch die absolute Testierfähigkeit der Ehefrau anerkannt, vgl. auch Erdmann, Güterrecht, § 2, S. 27, Note 173. Diese für die Romantisierungssucht des Engelbrecht=Mengdenischen Landrechtsentwurfs charakteristische Bestimmung hat sich aber in Livland gewiß nie eingebürgert. — In den ältern deutschen Statutarrechten war die Testierfähigkeit der Ehefrau — auch wenn sie ohne Konsens oder Mitwirkung des Mannes oder eines Assistenten handelte, — vielfach, ja vielleicht in der Regel anerkannt, was Runde, Güterrecht, § 172, S. 370 da durch erklären will, daß die letztwillige Verfügung der Frau doch erst mit ihrem Tode wirksam werde, mit dessen Eintritt aber die eheliche Vormundschaft erlöschte. Die Mundialbefugnisse des Mannes könnten also durch Zugeständniß der selbstständigen Testamentifikation an die Frau in keiner Weise tangiert werden. Aehnlich wohl auch für das kurländische Recht Neumann, Kurl. Erbrecht, S. 163 f. — Ueber älteres Lübisches, Pommersches u. Holsteinsches Recht vgl. Pauli, Abhandlungen aus dem Lüb. Rechte, B. III, § 2, S. 372. —

aus Eigennutz der ehedemlichen Verfügung hinderlich ist, die Frau richterliche Hilfe dagegen in Anspruch nehmen kann. Unterläßt es die Ehefrau, dieses Formerforderniß zu beobachten, so ist das solchergestalt gemachte Testament, auch wenn es nur über Sondergut errichtet war, anfechtbar\*) Es ergibt sich das aus folgender Kombination. Art. 1991 zit. ist dem zweiten Hauptstück des dritten Titels und dritten Buches unseres Provinzialgesetzbuches eingefügt. Das zweite Hauptstück trägt die Ueberschrift:

„Von der Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments,“ handelt also demzufolge von den Personen, die zur Testamentserrichtung befähigt, nicht befähigt oder darin doch in gewisser Hinsicht eingeschränkt sind. Hauptstück 2 des neunten Titels desselben Buches ist überschrieben:

„Von mangelhaften und wirkungslosen Testamenten,“ und zählt die einzelnen Gründe auf, aus denen das Testament von den jeweiligen Interessenten als nichtig angefochten werden kann, wobei sub Nr. 1 die mangelnde Fähigkeit des Testators zur Testamentserrichtung genannt wird. Dazu wird als Quelle unter Anderem auch auf die Artt. 1484 ff. verwiesen, folglich also zugleich auf Art. 1991 zit.\*\*). Daß die Ann. 2 zu Art. 2789 auch in diesem Fall das Testament in Liv- und Esthland aufrechterhalten werden läßt, wenn alle Interessenten darin willigen, beweist nur, daß es sich hier um eine Anfechtbarkeit, nicht um eine eigentliche Nichtigkeit handelt.

Uebrigens dürfte der bloße Nachweis des irgendwie erfolgten Konsenses des Ehemannes zur Gültigkeit des Testaments nicht genügend sein. Die Einwilligung muß vielmehr in der Form der Mitunterzeichnung der Testamentsurkunde durch den Ehemann erfolgt sein. Denn wie aus einer Vergleichung des Art. 1991 mit Art. 1992 hervorgeht, ist die Mitwirkung des Ehemannes bei Errichtung des Testamentsakts erforderlich,

---

\*) Vgl. Bunge Liv. u. esthl. Priv. R., B. II, § 384, S. 335, Erdmann, System, B. III, § 234, S. 168, Urtheil des Rigaschen Rathes vom 1. Sept. 1878 sub Nr. 5793 (bet Zwangmann, B. V. S. 123). — Ob es sich dabei um Sondergut oder Zillatenvermögen handelt, ist gleichgültig, cfr. Erdmann, System, B. III l. c. — Wenn letzterer jedoch die Beschränkung der Ehefrau in ihrem Testierrecht auch über das Sondergut als einen Rest der Geschlechtsvormundschaft auffassen will, so ist das m. E. u. dahin zurechtzustellen, daß es sich hier lediglich um eine partielle Erweiterung der ehedem vormaligen Gewalt des Mannes handelt, wie sie in ähnlicher Weise auch von Art. 29 bei Veräußerung des immobilaren Sondergutes der Ehefrau statuiert wird und in der Geschäftsunerfahrenheit, der imbecillitas sowie überhaupt in dem durchschnittlich schwächeren Charakter der Frau, die sich in ihrer Handlungsweise mehr wie der Mann vom Gefühl leiten läßt, ihre vornehmlichste Erklärung findet. —

\*\*) So auch Erdmann, System l. c. u. das in der vorhergehenden Note zitierte Urtheil des Rigaschen Rathes. —

gehört also zu den Formerfordernissen des Testamentes \*). Bei mündlichen Testamenten muß der Ehemann zu den von der Frau gesprochenen Testamentsworten seine ausdrückliche Einwilligung erklären. —

Art. 1991 weist aber in seinem ersten Absatz noch eine andere wichtige Bestimmung auf. Wenn nämlich in Liv- und Esthland (außer Reval) die Ehefrau zu Gunsten ihres Ehemannes testiert, so muß sie hierzu einen Rathsfreund oder Beirath, der als solcher das Testament mitunterzeichnet, hinzuziehen. Diese Vorschrift, deren Nichtbeobachtung dieselben Folgen wie in dem vorhin behandelten Falle haben dürfte, steht in vollkommenem Einklang mit dem in Art. 30 zit. ausgedrückten Prinzip, daß die Mitwirkung eines von der Ehefrau zu wählenden Beirathes oder Rathsfreundes bei allen zwischen den Ehegatten abzuschließenden Rechtshandlungen verlangt, wo die Interessen beider Gatten mit einander kollidieren. Besonders klar tritt diese Uebereinstimmung in dem Fall eines zwischen den Ehegatten errichteten gegenseitigen Testamentes (vgl. Art. 2411, hervor, wo doch gewiß die Interessen beider Testatoren mit einander kollidieren. Und abgesehen von diesem letzteren Falle würde es auch an und für sich schon gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen, wenn der Ehemann eine Testamentsurkunde mitunterschreiben sollte, die eine Verfügung zu seinen Gunsten enthält. Mutatis mutandis wäre das ebensosehr für unzulässig zu erachten, wie wenn ein im Testament Bedachter gleichzeitig Testamentzeuge sein wollte. —

Es handelt sich also — ausgenommen das kurländische und revalsche Recht — in dem Fall der Testamenterrichtung der Ehefrau um eine wahre Beschränkung derselben in ihrer Handlungsfähigkeit resp. Dispositionsfähigkeit.

In Kurland und Reval\*\*) ist dagegen die Ehefrau in der Testamenterrichtung selbstständig und bedarf weder der Einwilligung des Ehemannes \*\*\*) noch im Fall der Testierung zu Gunsten des letzteren oder bei gegenseitigen Testamenten zwischen ihr und dem Mann eines Rathsfreundes (vgl. Art. 1992 mit 1991). Endlich wäre zu bemerken, daß sich das Gesagte in gleicher Weise auf private wie auf notarielle Testamente bezieht

---

\*) Das übersieht offenbar Erdmann, System, Bd. III, S. 168, Note 4, wenn er die Mitunterzeichnung als in den Gesetzen nicht vorgesehen hinstellt.

\*\*) Ueber das ältere lübsche Recht vgl. Note 3 S. 490 dieser Abhandlung u. besonders noch Pauli, l. c. S. 372. Vgl. auch Note 2 S. 489 dieser Abhandlung.

\*\*\*) Vgl. Bunge, Kurl. Priv. R. § 267, S. 535.

und sowohl für unbeerbte als auch beerbte Wittween gilt, da die erwähnten Gesetze in beiderlei Hinsicht gar keinen Unterschied machen \*).

Es ist nun aber die Fähigkeit der Ehefrau, an sich ein — in äußerlich-formeller Hinsicht — gültiges Testament unter den im Vorhergehenden angegebenen Bedingungen zu errichten, wohl zu unterscheiden von der inner-materiellen Gültigkeit desselben. Wenn die Ehefrau — mit oder ohne Mitwirkung ihres Ehemannes oder eines Rathsfreundes — zur Errichtung eines Testamentsaktes fähig ist, so fragt es sich doch, ob diesem Testament auch inhaltlich eine solche Rechtskraft innewohnt, daß es unanfechtbar ist? — Soweit es sich um Sondergut der Ehefrau handelt, wird sich die Unanfechtbarkeit der darüber seitens der Ehefrau getroffenen Verfügungen nicht leugnen lassen. Anders, wenn es sich nicht um Sondergut handelt. So könnte es beispielsweise sein, daß die dem libländischen Stadtrecht unterworfenen Ehefrau über Objekte, die zur Gütergemeinschaft gehören, testiert. Wenn man einem solchen Testament Rechtswirksamkeit resp. Unanfechtbarkeit verleihen wollte, wenn die Gerichte befugt sein sollten, solche Testamente zu bestätigen und die Testamentserben, die ja möglicherweise dritte Personen sein können, durch ein das Testament bestätigendes Gerichtsurtheil in Besitz und Eigenthum der ihnen zugebachten Erbschaftseffekten gelangen könnten, so würden bei beerbter Ehe die Rechte, nicht nur des überlebenden Parens sondern auch der Kinder auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft entweder entzogen oder doch beträchtlich geschmälert werden. Und doch bestimmt Art. 1825, daß bei fortgesetzter Gütergemeinschaft die Kinder ideale Antheile am ganzen Vermögen d. h. an der ganzen zur Zeit des Todes des verstorbenen Parens in der Gütergemeinschaft befangenen Gütermasse erwerben sollen. Derselbe Art. gesteht dem parens superstes die Verwaltung und Nutznießung des gesamten Vermögens in dem ebenbezeichneten Sinne zu und Art. 1879 läßt die etwaige Theilung zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern in eben dieselbe gesammte Masse bewerkstelligt werden. Da nun folglich das Gesetz selbst eine Beeinträchtigung dieser Rechte des überlebenden Gatten und der Kinder nicht dulden kann, so müssen beide Theile das Recht haben, derartige ihre Gerechtsame beeinträchtigende Testamente des verstorbenen Gatten umzustößen und auf ungeschmäelter Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu bestehen \*\*). Und solches gilt nach allen

\*) Das bei Zwingmann Bd. VI, S. 95 f. sub Nr. 1010 angeführte Urtheil des Rtg. Rathes vom 18. November 1883 sub Nr. 7543 gewährt die unbeschränkte Testierfreiheit nur der unbeerbten Wittwee, vgl. darüber noch die Note 2 S. 490 dieser Abhandlung. —

\*\*) Vgl. Kuppfer: Befugniß der Betheiligten zur letztwilligen Verfügung etc. in der Dorpater Zeitschrift, Jahrg. VII, S. 272 ff.

baltischen Statutarrechten, die keine Güter-gemeinschaft resp. -Fortsetzung kennen, also z. B. nach dem Recht der libländischen Landgeistlichkeit (Artt. 1805— 1812) und bezieht sich sogar auch auf den Fall, wo die Frau über den ihr gesetzlich zukommenden Intestaterbtheil am Mannesvermögen testieren will, denn das Nutznießungsrecht des parens superstes soll ihm eben am ganzen Vermögen ungeschmälert\*) zustehen. Denn es handelt sich bei diesem Recht des überlebenden Parens und der Kinder zur fortgesetzten Güter-gemeinschaft nicht etwa um ein durch Testament ihnen zukommendes Recht, sondern um ein Recht, das ihnen vom Gesetz selbst eo ipso, auch unabhängig vom Willen des verstorbenen Gatten, von vorneherein für den Fall des Todes des letzteren zugesichert war\*\*). Formell also nicht, wohl aber inhaltlich oder materiell werden mithin die vorerwähnten letztwilligen Verfügungen der Ehefrau ungültig sein und zwar für die Kinder auch dann, wenn der Mann dazu seine Einwilligung durch Mitunterzeichnung des Testaments gegeben oder wenn die Ehefrau sogar noch einen besonderen Rathsfreund hinzugezogen haben sollte. Denn der Mann kann zwar auf sein Recht, nicht aber auf das seiner Kinder verzichten.

Ist dagegen unter den dem libländischen Stadtrecht unterliegenden Ehegatten Gütertrennung verabredet worden, so verfügt natürlich jeder Ehegatte über sein Separatvermögen, aber auch nur darüber, mit vollkommenster Gültigkeit. In denjenigen Statutarrechten aber, die zwar keine Gütergemeinschaft kennen, wohl aber dem überlebenden Ehegatten (bei beerbter Ehe) wenigstens das Recht der Nutznießung und Verwaltung des vom verstorbenen Gatten hinterlassenen Vermögens zugestehen, wie das z. B. mit dem kur-ländischen Recht und dem esth- und libländischen Landrecht der Fall ist, dürfte aus den im Vorhergehenden angegebenen Gründen keiner der Ehegatten, also in unserem Fall die Ehefrau, befugt sein, über das Eingebrachte letztwillig zu Gunsten fremder Personen zu disponieren und dadurch die dereinstige Realisierung des dem überlebenden Gatten gesetzlich gebührenden Rechts auf Nutznießung und Verwaltung\*\*\*) ihres gesamten Nachlasses, sowie er zur Zeit der Ehe vor-

\*) Vgl. Kupffer, l. c. S. 267.

\*\*) Cfr. Kupffer l. c. S. 272.

\*\*\*) Vgl. Artt. 1754, 1759, 1788 u. 1800 (auf den Wittwee bezüglich) Artt. 1714, 1772 u. 1791 (auf die Wittwee bezüglich). — Auch im alten deutschen Recht konnte die Ehefrau über das in der Gewere der Ehemannes befindliche Frauenvermögen nicht testieren, vgl. besonders Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Recht, Bd. II, S. 373. Vgl. auch bes. für das gemeine deutsche Priv. R. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 86, S. 404 ff. In der Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts werden Fähigkeit und Berechtigung



Handen war, im Besitz mit den Kindern für alle Zeit illusorisch zu machen. Denn dieses Recht kann der disponierende Ehegatte dem andern Gatten für die Zukunft nimmermehr entziehen oder auch nur schmälern. Und für Furland kämen noch die Bestimmungen der Artt. 2005—2012 über die pflichttheilsberechtigten Notherben in Betracht, die von dem testierenden Gatten zu beobachten wären. — Die Hinzuziehung eines Rathsfreundes aber involviert keine Steigerung der in dieser Hinsicht der Ehefrau zustehenden Rechte. —

Ob die Vorschrift des Art. 1991 zit. auch auf Schenkungen auf den Todesfall anzuwenden ist\*), scheint auf den ersten Blick verneint werden zu müssen, da sie als singuläres Recht einer analogen

der Ehefrau, einseitig ein Testament zu errichten, zuweilen anerkannt, mit der Begründung daß das Testament ja erst nach dem Tode der Testatrix wirksam werde, also die ehevermündschaftlichen Befugnisse des Mannes nicht tangieren könne, vgl. z. B. Maurenbrecher l. c. Bd. II, § 548, S. 242 f. Dabei wird aber nicht an die Fortsetzung der Gütergemeinschaft resp. den Besitz des parens superstes mit den nachbleibenden Kindern gedacht: die ihm in dieser Hinsicht zustehenden Rechte würden durch Gewährung der freien Testamentifikation an die Ehefrauen einfach illusorisch gemacht werden können, was ganz unzulässig wäre, vgl. auch meine Schrift, „Fünf Fragen aus dem Provinzialrecht“, Riga, 1899, S. 39.

\*) Schenkungen zwischen Ehegatten — und zwar auch solche auf den Todesfall — werden vom Provinzialgesetzbuch im Allgemeinen für zulässig erklärt (vgl. Artt. 110—116), mit Ausnahme des Falles wo die Schenkung in fraudem creditorum erfolgte (Art. 116) oder nach furländischem Recht das Pflichttheilsrecht der Kinder verletzte. Nach römischem Recht sind bekanntlich Schenkungen zwischen Ehegatten nichtig, vgl. Windscheid, Pand., Bd. II, (1891) § 369, S. 361. — Jenes Verbot hatte seinen tieferen Grund wohl in jenem Vertrauensmangel unter nahen Angehörigen, der das so sehr zum Egoismus neigende römische Familienrecht von jeher kennzeichnet. Im deutschen und dem von letzterem stammenden baltischen Rechte dagegen konnte es sich nie einbürgern. (Vgl. Erdmann, Güterrecht, § 9, S. 118.) Der Hauptgrund hierfür ist wohl weniger in der unbeschränkten Dispositionsgewalt des Ehemannes und der verhältnismäßigen Machtlosigkeit der Ehefrau, zu der sie während der Ehe verurtheilt war, zu suchen, angesichts welcher eine Schenkung bei Lebzeiten so unwesentlich war und so wenig die wahre Lage der Dinge veränderte, daß keine Veranlassung zu einem solchen Verbot vorlag (vgl. Erdmann, Güterrecht, l. c.), als vielmehr in der Innigkeit der durch die Ehe nach der Anschauung des deutschen Rechts begründeten Lebensgemeinschaft, die sich in Vermögensrechtlicher Hinsicht vielfach in ein ineinanderfließen der beiderseitigen Vermögensmassen, in Sätzen wie: „Wem ich meinen Leib traue, traue ich auch mein Gut,“ „Mann und Weib haben kein gezeiet Gut an ihrem Leib,“ durch die für die Stadtrechte eine Haftung des Frauengutes für die Manneschulden begründet ward, und in dem Mundium des Ehemannes mit den daran geknüpften Rechten ausdrückte. Eine solche Anschauungsweise des deutschen Rechts über die Innigkeit der Lebensgemeinschaft der Ehegatten mußte Schenkungen zwischen Ehegatten als etwas sehr Natürliches, ja sogar etwa Schönes und Gutes, als ein äußerliches Zeichen der Liebe auffassen, die beide Ehegatten zu einander im Herzen trugen. —

Ausdehnung widerstreben dürfte\*). Mein Art. 2424 belehrt uns eines Bessern. Derselbe besagt nämlich ausdrücklich, daß zur Vornahme einer Schenkung auf den Todesfall nur diejenigen fähig sein sollen, die ein Testament zu errichten befugt sind\*\*). Folglich muß das, was von der Testamentserrichtung der Ehefrau gesagt war, auch auf eine von ihr zu Gunsten des Mannes oder eines Dritten errichtete Schenkung auf den Todesfall bezogen werden. Hier wie dort bedarf es, wenn die Schenkung zu Gunsten eines Dritten erfolgte, der Mitwirkung des Ehemannes, wenn sie aber letzterem selbst zugewandt wurde, der Hinzuziehung eines Rathsfreundes oder Assistenten. Nur in Kurland und Reval wird man nach Analogie der Testamentserrichtung von einer derartigen Beschränkung der Ehefrau absehen dürfen. Da es sich aber in diesen Fällen gleichzeitig auch um eine Formvorschrift handelt, so fällt das Erforderniß der Assistenz bei geringfügigen Schenkungen der Ehegatten untereinander, die als Zeichen gegenseitiger Liebe erfolgten, offenbar fort, da nach Art. 110 solche Schenkungen in jeder Form gültig sind. Sind Erbgüter Gegenstand einer solchen Schenkung, so genügt in Liv- und Esthland auch die Hinzuziehung des Ehemannes resp. des Dritten zum Schenkungsakt noch nicht, letzterer ist vielmehr erst dann gültig und unanfechtbar, wenn die etwaigen Kinder ihre Einwilligung in die Schenkung auf den Todesfall erklärt haben\*\*\*). Die Form dieser Einwilligung wird auch hier die einer Mitunterzeichnung der Schenkungsurkunde durch die Kinder sein müssen. —

Wo überall das Provinzialrecht Gütergemeinschaft der Ehegatten oder auch nur ein allgemeines Nutznießungs- und Verwaltungrecht des Mannes am Illatenvermögen statuiert, ist denjenigen von der Frau allein abgeschlossenen Rechtsgeschäften die volle Rechtswirksamkeit wenigstens für die Dauer der Ehe zu versagen, die im Fall ihrer sofortigen Realisirung die dem Mann an der Gesamtmasse oder am speziellen Illatenvermögen der Frau gebührenden ehebormundschaftlichen Befugnisse verletzen resp. die Verwirklichung letzterer für den Mann wesentlich gefährden würden†). —

---

\*) Es handelt sich wohl in Art. 1991 um ein sogenanntes *privilegium odiosum* — Vgl. überh. Art. XIX u. XXII der Einl. zu Th. III des Prov. Rs und dazu Erdmann, System, B. I, S. 25—27. —

\*\*) Vgl. auch Erdmann, System, Bb. III § 261, S. 315. —

\*\*\*) Cfr. Art. 112 Th. III des Prov. Rs.

†) Vgl. auch Erdmann, Güterrecht, § 2, S. 48 und Gürgens in der Dorpater Zeitschrift, Jahr. IV, S. 31.

Nach Art 8 ff. 2 ist der Ehemann berechtigt, den Wohnort der Ehefrau zu bestimmen und von ihr zu verlangen, daß sie ihm überallhin nachfolge. Schließt aber die Ehefrau einen Gesindevertrag oder überhaupt Verträge ab, durch die derartigen aus der ehewogteiligen Stellung des Ehemannes herfließenden Befugnissen zunahegetreten würde, so dürften solche Verträge nur dann vollgültig sein, wenn der Ehemann seine Einwilligung hierzu gegeben oder bei schriftlicher Vertragserrichtung die Vertragsurkunde als ehelicher Assistent oder Beirath mitunterzeichnet hat\*). Für den Gesindevertrag erhellt das aus Art. 4194. Es handelt sich nämlich in diesem wie in ähnlichen Fällen um Befugnisse, die der Ehemann an der Person der Ehefrau hat, die nach der hierorts geltenden Rechtsparodie: „Wem ich meinen Leib traue, traue ich auch mein Gut“ über ihre Person nicht in dem Maße frei verfügen darf, daß dadurch wesentliche, häufig den Zweck der Ehe ausmachende Rechte des Ehemannes verletzt werden. —

Zu den rechtlichen Willenserklärungen gehört auch die Erklärung darüber, ob man eine Erbschaft antreten wolle oder nicht. Nach Art. 2624 Th. III des Prov. Rs wird aber hierzu Fähigkeit, sich rechtsgeschäftlich zu verpflichten erfordert und deshalb für alle diejenigen Personen, denen diese Fähigkeit mangelt, Stellvertretung verlangt. Solches geschieht aber nur in Bezug auf Minderjährige, Geistesranke, gerichtlich erklärte Verschwenner und juristische Personen, für die ihre Vormünder, Kuratoren oder gesetzlichen Vertreter einzutreten haben. Ehefrauen dagegen werden unter den der selbstständigen Erbschaftsantretung Unfähigen nicht genannt. Und es liegt angesichts der allgemeinen Handlungs- und Geschäftsfähigkeit der Ehefrau auch gar keine Veranlassung vor, sie in dieser Hinsicht durch die ehemännliche Beirathschaft einzuengen, umsoweniger, als es sich hier vielfach um einen Zuwachs zum Frauenvermögen handelt, der im Interesse des Mannes liegt. Ist der Nachlaß aber überschuldet und macht die Frau von der Rechtswohlthat der Inventarslegung keinen Gebrauch, so dürfte auch in diesem Fall der Antritt dem Ehemann nichts schaden, da die Erbschaftsgläubiger in Gemäßheit unserer frühern Ausführungen sich ohnehin nur an das Sondergut der Frau werden halten, das Illatengut dagegen erst nach Auflösung der Ehe antasten können. Ist der Ehefrau das ihr lektwillig Zugewandte unter der Bedingung der eigenen Verwaltung und Benutzung vermacht worden, so bedarf sie schon aus diesem Grunde

\*) Ich habe das in meiner Schrift: „Streifzüge auf dem Gebiete der Theorie und Praxis des Provinzialrechts“ (Maga u. Berlin 1902) S. 221 ff. näher ausgeführt, auf die ich daher hiermit verweise. —

der Rathgebung des Mannes bei Abgabe ihres Antretungswillens nicht, da es sich hier um einen Sondergutsverwerb handelt\*). Endlich dürfte ein Festhalten an der obligatorischen Beirathspflicht des Mannes in diesem Fall umso verfehlter sein, als der Wille, Erbe zu sein, von der Ehefrau offenbar auch stillschweigend, durch konfludente Handlungen erklärt werden kann, die den Umständen nach sich nur dahin auslegen lassen, daß der Handelnde sich als Erbe betrachtet\*\*), wo alsdann die Mitwirkung des Ehemannes als des ehelichen Beirathes schon der Natur der Sache nach undenkbar wäre. Ist die Erbschaft der Ehefrau nicht ex testamento, sondern ab intestato zugefallen, so gilt von dem vorhin angegebenen Gesichtspunkte aus betrachtet dasselbe. Es ist also auch in diesem Fall eine Mitwirkung des Ehemannes als Assistent bei Abgabe der Antrittserklärung seitens der Ehefrau nicht erforderlich\*\*\*)

Was von dem Erbschaftsantritt der Ehefrau gilt, muß man in analoger Weise auch auf diejenige Willenserklärung ausdehnen, mittelst deren sie eine testamentarisch oder ab intestato ihr angefallene Erbschaft ausschlägt. Auch hierfür bedarf es, um einen vollen juristischen Effect hervorzubringen, der einwilligenden Mitwirkung des Ehemannes bei der Erklärungsabgabe keineswegs. Dem scheint allerdings Art. 2776 zu widersprechen. Darnach soll nur der Erbe die ihm zugefallene Erbschaft auszuschlagen befugt sein, der über sein Vermögen frei verfügen darf. Dennoch wäre es unrichtig, das auf die ohne, ja selbst gegen den Willen des Ehemannes ausschlagende Ehefrau zu beziehen. Denn wiewohl letztere in ihrer Verfügungsberechtigung über Filatengut zweifellos beschränkt ist, so erleidet doch einerseits die allgemeine Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der Frau durch ihren Eintritt in die eheliche Vormundschaft keinerlei Einschränkung, während andererseits die Freiheit ihrer Dispositionsbefugnisse über ihr gesamtes Vermögen außer dem Sondergut überall nur insoweit eine Einschränkung erfährt, als ihre diesbezüglichen Verfügungshandlungen die dem Ehemann kraft seiner ehenvormundschaftlichen Gewalt am Frauengut zustehenden Rechte verletzen oder gar

\*) Vgl. Art. 27 B. 2.

\*\*) Vgl. Art. 2625.

\*\*\*) Auch Stobbe Handbuch, B. IV S. 144 ist für die Selbstständigkeit der Ehefrau in dem Antritt und der Ausschlagung von ihr zugefallenen Erbschaften, sogar gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Ehemanns, mit der Begründung, daß es sich hierbei um ein höchst persönliches Recht der Frau handle, das ihr der Mann nicht verkümmern dürfe. Uebereinstimmend mit dem gemeinen deutschen Recht ist auch das neue deutsche B. G. B. § 1406, Abs. 1, vgl. Buchka I. c. § 36 S. 305. —

illusorisch machen würden\*). Eine solche Verletzung der dem Ehemann zustehenden Rechte an dem zur Zeit der Ausschlagung vorhandenen, von der Ehefrau eingebrachten Vermögen liegt aber nicht vor, wenn sie eine ihr zugefallene Erbschaft ausschlägt. Dem Mann würde nur ein Gewinn entgehen und auch letzteres nicht einmal, dann wenn das Vermögen der Frau ausdrücklich als Sondergut und zwar unter der Bedingung, daß es von der ehemännlichen Nutzung und Verwaltung eximiert sein solle, testamentarisch hinterlassen worden ist. In seinen Rechten am Frauengut in dem Umfange, wie es zur Zeit der Ausschlagung in seinen Händen war, wird er nicht geschmälert. Und diese Zeit ist doch wohl die ausschlaggebende. —

Eine stillschweigend erklärte Ausschlagung, die der Ehefrau in Grundlage des Art. 2777 doch jedenfalls offenzulassen ist, wäre aber ausgeschlossen, wenn man auf die Einwilligung des Ehemannes besteht, weil sich eine Verbindung derselben mit etwaigen konfludenten Handlungen der Ehefrau schwer denken läßt. Und abgesehen davon ist es auch an und für sich natürlich, die Ausschlagung der Erbschaft nicht anders zu behandeln als den Antritt. Ein stichhaltiger Grund, der ohne Beihülfe des Ehemannes erfolgten Willenserklärung der Ehefrau in dem einen Fall Rechtswirksamkeit zu verleihen, in dem anderen dagegen nicht, läßt sich nicht auffinden. Es ist daher sehr wahrscheinlich, daß Art. 2776 von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß zu den der selbstständigen Ausschlagung unfähigen Personen nur die in Art. 2624 aufgezählten gehören sollten, unter denen aber Ehefrauen, wie bereits gezeigt, nicht genannt werden. Minderjährige, Geistesranke, juristische Personen und Verschwender können natürlich ebensowenig von sich aus allein eine Erbschaft antreten, wie eine solche ausschlagen; das könnten höchstens ihre Stellvertreter, Vormünder oder Kuratoren thun. Ehefrauen rangieren aber, was Handlungs- und Dispositionsfähigkeit anbetrifft, mit letzteren Personen eben nicht in einer Reihe. Wenn man also Art. 2624 mit Art. 2776 in Verbindung bringt und dann mit letzterem Artikel unter Zuhilfenahme des *argumenti e contrario* operiert, so muß man zu der von uns behaupteten Fähigkeit der Ehefrau, auch ohne Mitwirkung, ohne Einwilligung des Mannes eine ihr zugefallene Erbschaft auszuschlagen, gelangen\*\*). — Sowohl für den Antritt wie auch für die Ausschlagung der Erbschaft läßt sich also nach dem Vorhergehenden der allgemeine Satz aufstellen, daß beides der Ehefrau freistehen muß, daß sie also ohne den Mann zu befragen, ja,

\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, § 2, S. 48.

\*\*) So auch für das deutsche Priv. R. Stobbe l. c. S. 144.

fogar gegen den erklärten Willen desselben rechtsgültig Erbschaften antreten und ausschlagen kann, denn beides zählt zu den höchst persönlichen Rechten der Ehefrau, die durch die eheliche Vormundschaft keinerlei Minderung erfahren. Ebendaher darf der Mann die Frau weder zwingen, die Erbschaft anzutreten, noch sie auszuschlagen und ist andererseits nicht befugt, gegen den Willen der Frau die Erbschaft allein anzutreten oder auszuschlagen\*). —

Die im Gebiete des gemeinen deutschen Privatrechts strittige Frage, ob die Einwilligung des Mannes in den von der Frau geschlossenen Vertrag durch Mitunterzeichnung der Vertragsurkunde, bei mündlichen Verträgen durch das Aussprechen der den Vertragschluß mit dem Dritten genehmigenden Worte oder auf andere Weise auch eine Verbindlichkeit des Mannes, nicht nur der Frau erzeugt sowie ob überhaupt eine solche Genehmigung, unabhängig von der Form, in der sie erfolgte, auch den Mann verpflichtet oder ob eine Verpflichtung nur auf Seiten der kontrahierenden Frau entsteht, ist für das Provinzialgesetzbuch wohl jedenfalls im letzteren Sinn zu entscheiden\*\*). Es läßt sich das aus Art. 56 ableiten. Hier werden die einzelnen Fälle aufgezählt, in welchen der Ehemann die Verfügungen der Ehefrau nicht nur anerkennen, sondern sogar auch selbst mit seinem eigenem Vermögen dafür haften muß. Zu diesen gehören nach Nr. 2 auch die auf Grund eines allgemeinen oder speziellen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrages des Mannes von der Ehefrau kontrahierten Schulden. Daß eine bloße Einwilligung des Mannes genügend sei, um ihn haftbar zu machen, muß nach diesem Artikel mittelst des *argumenti e contrario* verneint werden, da die ausdrückliche Aufzählung der einzelnen Fälle der bloßen Genehmigung keine Erwähnung thut. Eine solche Haftung des Mannes ist aber nicht nur für das liv- und estländische Landrecht und das kurländische Recht, sondern überhaupt für alle Statutarrechte abzunehmen. Auch die einzige Bestimmung, auf Grund deren wenigstens für das livländische Stadtrecht auf den ersten Blick die Genehmigung des Mannes als zu seiner Haftbarkeit genügend erachtet werden könnte, nämlich Art. 91, hat, wie später zu erörtern sein wird, einen andern Sinn. —

\*) So auch für das deutsche Priv. R. Stobbe, Handbuch Bd. IV, S. 144. — Anderer Ansicht Roth, System, Bd. II, § 105, S. 82, allein mit der gewiß unzureichenden Begründung, daß der Mann zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Ehefrau resp. deren Vermögen berechtigt sei und die gemeinschaftliche Vermögensmasse durch seine Handlungen verpflichte. —

\*\*) So auch das Appellationserkenniß des Rigaschen Rathes von 3. Juni 1887 Nr. 5128, (bet Zwangmann, B. VIII, Nr. 1505 S. 9. ff.) Zu demselben Resultat gelangt für das deutsche Privatrecht Stobbe, Handbuch, B. IV, § 228, S. 141 f. —

Im Einzelnen wird man darauf zu sehen haben, von welcherlei Beschaffenheit die mitwirkende Thätigkeit des Mannes bei dem von der Ehefrau abgeschlossenen Vertrage war. Zunächst wird man als obersten Grundsatz auch für das baltische Privatrecht behaupten müssen, daß ein wirkliches Mitkontrahieren des Ehemannes, woraus sich eine etwaige Verpflichtungsabsicht desselben neben der Ehefrau und daraus wieder Haftbarkeit gegenüber dem andern Kontrahenten ableiten ließen, im Zweifel nie vermuthet, sondern von dem, der sie behauptet, erwiesen werden muß. So kann die unmittelbare Theilnahme d. h. Mitverpflichtung des Ehemannes aus der Urkunde selbst, bei mündlichen Verträgen aber aus den von ihm dabei gebrauchten Worten hervorgehen. Wenn also beispielsweise in der Vertragsurkunde das Ehepaar als eine kontrahierende Parthei, der ein Dritter als Gegenkontrahent gegenübersteht, bezeichnet und durchweg so behandelt wird, so haben eben Frau und Mann zusammen mit dem Andern kontrahiert, es entsteht also hier ein direktes Klagerrecht auch gegen den Mann, für das er dem andern Kontrahenten mit seinem eigenen Vermögen haftet. Die Deutung der Mitunterschrift des Ehemannes ist in diesem Fall klar. Dasselbe ist der Fall, wenn der Ehemann beim mündlichen Vertrage sagt: „dieser Vertrag gilt als von meiner Ehefrau und mir abgeschlossen“ oder „diesem Vertrage trete ich, der Ehemann der K, als gegenüber dem andern Kontrahenten mitberechtigter und mitverpflichteter Theil bei.“ Wenn dagegen bei schriftlichen Verträgen in der Vertragsurkunde nur die Ehefrau als vertragschließender Theil genannt, des Mannes aber gar keine Erwähnung gethan wird oder wenn bei mündlichem Vertragschluß der Ehemann nur anwesend ist, ohne sich mit irgend einem Worte zu seiner Einwilligung zu äußern, so kann aus der bloßen Mitunterschrift der Vertragsurkunde in dem einen und der bloßen Anwesenheit in dem andern Fall nicht hergeleitet werden, er habe mitkontrahieren, also zusammen mit der Ehefrau Rechte und Pflichten aus dem Kontrakte erwerben wollen. Die einzig zulässige Annahme wird also in diesem Fall dahin gehen müssen, daß der Ehemann nur als ehelicher Beirath handeln wollte d. h. nur seine Zustimmung zum Vertrage ertheilt hat, ohne eine selbstständige Verpflichtung auf sich zu nehmen \*).

Dann haftet er aber auch nicht mit seinem eigenen Vermögen und die Gläubiger können sich nur an das Frauenvermögen halten.

---

\*) Die entgegengesetzte Absicht muß der Kontrahent der Ehefrau, wenn er sie behauptet, beweisen. —

Wenn dagegen — und dies ist der unzweifelhafteste, der Normalfall — die nur auf den Namen der Frau lautende Vertragsurkunde vom Ehemann ausdrücklich in seiner Eigenschaft als ehelicher Beirath mitunterzeichnet ist oder wenn bei mündlich abgeschlossenen Verträgen der Ehemann die Worte ausspricht: „ich willige als ehelicher Beirath in diesen von meiner Frau mit dem X geschlossenen Vertrag ein“, so kann man ein Mitkontrahieren des Ehemannes natürlich noch viel weniger als im vorigen Fall annehmen. Hier ist es vielmehr klar, daß der Ehemann nur als Rathgeber der Ehefrau handeln wollte resp. gehandelt hat und sich selbst für seine Person und mit seinem Vermögen aus dem Vertrage nicht haftbar machen wollte.

Ueberall also, wo der Ehemann als ehelicher Beirath oder Assistent handelt oder wo seine Thätigkeit in dieser Eigenschaft den Umständen des konkreten Falles nach unzweifelhaft anzunehmen ist, findet ein Mitkontrahieren auf seiner Seite nicht statt, entsteht gegen ihn kein Klagerrecht und haftet er in Folge dessen auch nicht mit seinem eigenen Vermögen. Im Zweifel spricht also die Vermuthung nicht für, sondern gegen eine Mitverpflichtung des Mannes und umgekehrt nicht gegen, sondern für eine bloße als Beirath ertheilte Genehmigung. — Hieraus ergiebt sich aber, daß die eigentliche Bedeutung der seitens des Ehemannes in seiner Eigenschaft als Beirath erfolgten Mitwirkung bei einem von der Ehefrau abgeschlossenen Vertrage im Gegensatz zu einem wirklichen Mitkontrahieren nur darin zu suchen ist, daß nunmehr auch die seiner Verwaltung und Nutznießung unterworfenen Maten für die aus dem Vertrage originierenden Verbindlichkeiten der Frau haften und ihm dadurch entzogen werden, daß er sich also folglich die Exekution am Matengut, nicht aber auch an seinem eigenen Vermögen gefallen lassen muß. Nur in diesem Sinne ist denn auch der nur in den Gebieten des livländischen Stadtrechts geltende Art. 91, von dem kurz vorher die Rede war, zu verstehen. — Handelt es sich dagegen um ein zum Sondergut gehörendes Immobil und sind die Voraussetzungen des Art 29 gegeben, so hat die ehemännliche als Beirath erfolgte Mitunterzeichnung der Vertragsurkunde sowohl für die Ehefrau als auch für ihren Mann Unanfechtbarkeit des betreffenden Vertrages zur Folge, so daß auch erstere sich nicht mehr auf die Qualität des Rechtsgeschäfts als eines negotii claudicantis berufen kann.

In dem obigen — nicht auf das Sondergut bezüglichen — Fall tritt also allerdings die den Ehemann sonst nicht treffende Folge ein, daß die ihm am Eingebachten zustehenden ehewormundschaftlichen Befugnisse der Nutznießung und Verwaltung durch eine Handlung seiner Frau entweder geschmälert werden oder sogar ihm ganz verloren gehen.



Seinen eigentlichen Grund hat das aber in der seinerseits erfolgten Zustimmung zum Vertrage. —

Man muß somit zum Resultat gelangen, daß die in der beirathschaftlichen Mitwirkung des Ehemannes am Vertragsabschluß der Frau sich dokumentierende Genehmigung des Vertrages eine Verbindlichkeit nur gegen die Frau, nicht aber gegen den Mann begründet und die Gläubiger nur berechtigt, sich an das Vermögen der Frau halten, wogegen sie das eigene Vermögen des Mannes unangetastet lassen müssen\*). Denn letzterer selbst ist ja nicht Kontrahent. — Anders ist es, wenn er der Frau einen Auftrag zum Kontrahieren gegeben hat. Allein alsdann kontrahiert die Frau gar nicht für sich, sondern im Namen des Mannes. Für sich thut sie es doch nur dann, wenn eine bloße Genehmigung des Mannes, die mit dem Auftrage nur ja nicht zu verwechseln ist, vorliegt\*\*).

Gleichgültig ist es, ob die Genehmigung gleich beim Geschäftsabschluß oder erst nachher erfolgte. In letzterem Falle wird dann auf dem Wege der Ratihabition der anfänglich vorhandene Mangel des Rechtsgeschäfts nunmehr geheilt. —

Involviert somit im Ganzen die Mundialgewalt des Mannes keine Beschränkung der ohne den Mann handelnden Ehefrau in ihrer Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit und haben sogar ihre Vermögensdispositionen, falls sie nicht die ihr durch jenes Mundium gesteckten Grenzen überschreiten, Gültigkeit\*\*\*), so war dabei immer

---

\*) Vgl. auch Stobbe, Handbuch B. IV, S. 141 f.

\*\*) Vor dieser Verwechslung warnt für das deutsche Privatrecht Stobbe, l. c. B, 142, Note 8. — Das zitierte Appellationsurtheil des Aigaschen Rathes vom 3. Juni 1887 (Zwingmann, B. III, S. 9 ff.) irrt, wenn es in der vom Ehemann „schlecht hin“ ertheilten Genehmigung zur Kontrahierung einer Schuld resp. zu einer Verpfändung zc. abseiten der Ehefrau stets eine Stellvertretung des erstern durch letztere sehen will, mithin also in diesem Fall den Mann direkt verpflichtet werden läßt. Vielmehr kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an. Auch eine bloße Genehmigung schlecht hin, ohne Hinzufügung der Worte: „als ehelicher Assistent“ wird in der Regel nur eine Verpflichtung der Ehefrau, nicht auch des Ehemannes begründen — wofern man nicht etwa die jetztmögliche Exekution am Filatengute, da sie die ehemännlichen Nutznießungs- und Verwaltungsbefugnisse einschränkt resp. ganz aufhebt, als indirekte Mithaftung des Ehemannes ansehen will oder die Mitverpflichtung des Mannes bewiesen wird. Wird dagegen die Genehmigung vom Manne als „ehelichen Assistenten“ ertheilt, so ist es klar, daß von einer eigentlichen Mitverpflichtung desselben gar keine Rede sein kann. —

\*\*\*) So auch für das gemeine deutsche Priv. R. Kraut, Vormundschaftsrecht. B. II, § 88, S. 425 und passim.

vorausgesetzt, daß die Ehefrau wenigstens volljährig war. Komplizierter gestaltet sich die Frage, wie es sich mit der Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniß der noch minderjährigen Ehefrau verhält und zwar insbesondere dann, wenn die Ehe durch Tod oder Scheidung aufgelöst und die ehemännliche Vormundschaft dadurch beendet wird. — Die Frage scheint auf den ersten Blick eine allgemeine, über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehende Bedeutung zu haben. Allein dennoch findet sich ein Berührungspunkt, der eine wenn auch nicht erschöpfende Behandlung derselben an dieser Stelle wohl rechtfertigt. Es erscheint nämlich zweifelhaft, ob in den Fällen, wo die Ehefrau selbstständig mit voller Rechtswirksamkeit handelt oder wo ihre diesbezüglichen Rechtshandlungen nicht anders wirksam sind, als wenn der Ehemann als ehelicher Assistent oder bei Rechtsgeschäften mit dem Ehemann ein Dritter als Rathsfreund oder Beirath mitwirken, die Ehefrau eben ihrer Minderjährigkeit wegen nicht etwa noch der Ernennung und Hinzuziehung eines speziellen Vormundes bedarf, wie ein solcher allen Minderjährigen bestellt werden muß? Um aber diese Frage zu entscheiden, ist es nothwendig, die rechtliche Stellung der minderjährigen Ehefrau im Provinzialgesetzbuch — soweit sie für unsere Zwecke in Betracht kommt — in ihren wesentlichen Grundzügen darzulegen, zuvor aber in Kürze zu zeigen, wie sich die Frage im ältern deutschen Recht historisch entwickelt hat. —

Schon das ältere deutsche Recht kannte den Satz: „Heirath macht mündig“ d. h. minderjährige Personen, vornehmlich weiblichen Geschlechts, entwachsen durch ihre Verheirathung der Altersvormundschaft sowie, wenn sie unter elterlicher Gewalt standen, dieser letztern. Die Verheirathung der minderjährigen Jungfrau ist also Beendigungsgrund sowohl für die eigentliche Vormundschaft wie auch für die elterliche Gewalt\*). Als Grund wird angegeben, daß Altersvormundschaft oder elterliche Gewalt durch die eheliche Vormundschaft des Mannes abgelöst werden\*\*). — Dieser dem römischen und gemeinen Recht wider-

---

\*) Vgl. Jakob Grimm: Deutsche Rechtsalterthümer, B. I, S. 462, Runde, Eheliches Güterrecht, § 172, S. 370, Kraut, Das Vormundschaftsrecht, B. II, § 50 S. 89 f. und § 59, S. 172 ff. und S. 644, Bluntschli, Deutsches Privatrecht (2. Aufl.) § 180, S. 511, Mittermaier, „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts“ B. II, (1830) § 377, S. 797, Gerber, System, § 242, S. 674, Stobbe, Handbuch, Bd. IV, S. 398 und § 273 S. 509 f., Roth, System, B. II, § 91, S. 19, Heimbachsen, in Bd. XIII des Weiske'schen Rechtslexikons sub voce „Vormundschaftsrecht“ S. 623 und 957 und Behrend, „Das deutsche Privatrecht“ in Holkenborffs Rechtsenzkloppädie, § 81, Seite 605.

\*\*) So auch Kraut, Vormundschaftsrecht I. c. S. 179—182.

sprechende Satz ist indeß in der Theorie seitjeher nicht ohne Widerspruch geblieben und so haben sich auch ältere deutsche Partikularrechte dagegen ausgesprochen, indem sie sowohl Vormundschaft als auch elterliche Gewalt — wohl unter dem Einfluß römisch-rechtlicher Anschauungsweise — auch nach der Verheirathung fort dauern lassen \*). — Im Einzelnen aber bestanden bezw. bestehen große Verschiedenheiten resp. Abstufungen jener beiden einander entgegengesetzten Prinzipien. So ließen manche der Partikulargesetzbücher die Erlöschung der elterlichen Gewalt durch Verheirathung nur für die großjährige Tochter, nicht dagegen auch für die minderjährige eintreten \*\*). Andere setzten als Erforderniß der Endigung das Bestehen eines spezifisch deutsch-rechtlichen Güterrechts unter den Ehegatten voraus \*\*\*). Wiederum andere Gesetzgebungen ließen zwar die elterliche Gewalt erlöschen, setzten aber der minderjährigen Ehefrau trotzdem einen Vormund zur Seite. Dann gab es ferner Partikularrechte, die es wohl fühlten, wie inkonsequent es sei, die minderjährige Ehefrau als volljährig zu behandeln, den minderjährigen Ehemann dagegen in seiner Handlungsfähigkeit gleich jedem Minderjährigen zu beschränken, und deshalb ließen sie auch für den minderjährigen Ehemann durch Verheirathung nicht nur die väterliche Gewalt, sondern auch die Vormundschaft erlöschen †), unter Hinweis darauf, daß die Weiterdauer der Vormundschaft mit der Ausübung der ehewormundschaftlichen Gewalt über die Ehefrau unverträglich wäre, wogegen vorzugsweise in den Ländern des sächsischen Rechts die Heirath den Ehemann nur dann mündig machte, wenn damit zugleich die Gründung eines selbstständigen Haushaltes verbunden war††). —

Ebenso divergierend gestaltete sich in den einzelnen Partikulargesetzgebungen die Behandlung der uns vorzugsweise interessierenden Frage, ob die durch die Heirath mündig gewordene minderjährige Ehefrau nach Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod des Ehemannes wieder in die elterliche Gewalt d. h. die natürliche Vormundschaft des Vaters oder der Mutter resp. wieder in die gewöhnliche Vormund-

\*) Vgl. Stobbe, I. c. S. 957 ff. und die das. angeff. Gesetzbücher.

\*\*) Vgl. Stobbe I. c. S. 398.

\*\*\*) Vgl. Heimbach sen. I. c. S. 957.

†) Daß dies altes deutsches Recht war, bezeugen uns Autoritäten wie Jakob Grimm in seinen deutschen Rechtsalterthümern, B. I, S. 462 und Kraut, das Vormundschaftsrecht, B. II, S. 176 ff., (mit der Begründung, daß nach altem deutschen Recht durch die Heirath der minderjährige Sohn vom Vater resp. dem Vormund und Familienrath mündig gesprochen werde.). — Bezweifelt wird das unter Andern auch von Gerber, System, § 244, S. 679 f., Note 17. — Ueber eine andere Erklärung siehe Kraut, Seite 175 f., Note 34. —

††) Vgl. Stobbe, I. c. S. 397 und 399, Roth, System B. II S. 19 und Heimbach sen., I. c. S. 957 ff.

schafft zurückfallen oder für immer die Rechte der Volljährigkeit behalten solle\*). Einige entschieden sich dafür, andere dagegen. Zuweilen kehrt sie zwar nicht wieder in die väterliche Gewalt zurück, erhält aber einen neuen Vormund oder behält ihren frühern d. h. den Vater als natürlichen Vormund oder einen sonstigen Vormund\*\*). —

Trotz dieser unleugbaren Buntscheckigkeit in den frühern Partikularrechten waren aber manche Juristen, unter ihnen namentlich der brave Glüß\*\*\*), naiv genug, die Beendigung der Vormundschaft durch Heirath der weiblichen Mündel frischweg als gemeines deutsches Recht hinzustellen, und von Germanisten sind ihm unter Anderen Mittermaier†) und Bluntschli††) darin gefolgt. —

Dagegen hält Stobbe†††) die Aufhebung der Vormundschaft durch Verheirathung für beide Geschlechter nicht für gegenwärtig geltendes gemeines deutsches Recht und vom Standpunkt der heutigen Gesetzgebungen wird man ihm hierin beistimmen müssen. Unter diesen heutzutage geltenden Zivilgesetzbüchern hat sich nämlich ein Theil zu Gunsten des römisch-rechtlichen Prinzips, also für die Fortdauer der Vormundschaft und der väterlichen Gewalt, der andere für das deutsch-rechtliche Princip d. h. für die Aufhebung beider durch die Ver-

\*) Nach ältestem deutschen Recht kam die Wittwee sofort nach dem Tode des Mannes unter das Mundium der volljährigen Erben ihres verstorbenen Mannes, also zunächst des Sohnes, (vgl. lex Saxonica, 7, 2), was unseren Gefühlen entschieden widerstreiten dürfte, in jener ältesten Zeit aber offenbar ganz angemessen gefunden wurde. Erst das spätere Recht ließ die Wittwee wiederum in die Tutel ihres Vaters oder ihrer väterlichen Verwandten zurückfallen und das wurde späterhin immer allgemeiner. So bestimmt z. B. der Sachsenspiegel 1, 45: „Ebenne he aber stirft, so is se lebich von sine rechte unde behalt recht naiter hord, daruume mut ir vormünde sin is neste ebenbürdige swert mach und nicht tress mannes.“ (Vgl. überh. Jakob Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer, B. I, S. 452). Daraus läßt sich schließen, daß auch die Altersvormundschaft über die elternlose Wittwee wieder aufgelebt sein muß. — Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, S. 186, ff. spricht sich — wenigstens vom legislatorischen Gesichtspunkt aus — auch für das spätere deutsche Recht für ein Wiederaufleben der Vormundschaft über die zur Wittwee gewordene minderjährige Ehefrau aus, weil die nöthige geistige Reife bei der minderjährigen Wittwee eben regelmäßig nicht vorhanden sein werde. —

\*\*) Vgl. Stobbe, l. c. S. 398 und Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, Seite 502 und 600.

\*\*\*) Vgl. dessen „Ausführliche Erläuterung der Pandekten“ B. XXXI, (Erlangen, 1869), § 1353, S. 155 f.

†) Vgl. dessen Grundsätze 2c. § 377, S. 797.

††) Vgl. dessen „Deutsches Privatrecht“ § 180, S. 511. Letzterer stellt sogar das Mündtwerden des Ehemannes durch Heirath als allgemein geltendes deutsches Recht hin.

†††) Vgl. dessen Handbuch, B. IV, § 273, S. 510 f.

heirathung der weiblichen Mündel bezw. der minderjährigen Tochter ausgesprochen. So hat beispielsweise das französische Recht sich zu Gunsten des Sazes: „Heirath macht mündig“ — einerlei, welchen Geschlechts der Minderjährige ist, — entschieden und zwar in einer solchen Reinheit und so absolut, daß die vom französischen Recht als stillschweigende Emancipation aufgefaßte Verheirathung des Minderjährigen die vormundschaftliche resp. elterliche Gewalt auf immer erlöschen und dieselbe nur in dem einen Fall wieder aufleben läßt, wenn die Ehe des Minderjährigen für nichtig erklärt wird \*). Im Gegensatz hierzu läßt das deutsche B. G. B. sowohl Vormundschaft als auch elterliche Gewalt nach Verheirathung einer Minderjährigen fortbauern, was aus dem Umstande zu folgern ist, daß die Heirath unter den Aufhebungsgründen weder der elterlichen Gewalt noch der Vormundschaft genannt wird \*\*). Da somit der Satz „Heirath macht mündig“ vom deutschen B. G. B. überhaupt nicht anerkannt wird, so konnte hier auch eine Kontroverse darüber, ob die Verheirathung einer Minderjährigen die vorhin bezeichnete Wirkung hat oder nicht, gar nicht entstehen. —

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt das Oesterreichische B. G. B. ein. Dasselbe läßt zufolge des § 176 die väterliche Gewalt, soweit sie die Person der minderjährigen Ehefrau betrifft, in der ehelichen Vormundschaftlichen Gewalt des Mannes aufgehen, wogegen in Hinsicht auf ihr Vermögen der Vater bis zu ihrer Großjährigkeit die Rechte und Pflichten eines Kurators hat. Wird aber die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst, so lebt auch die väterliche Gewalt über die noch minderjährige Tochter in vollem Umfange wieder auf \*\*\*). Daraus kann man schließen, daß auch die sonstige Vormundschaft, soweit sie sich auf das Vermögen der Minderjährigen bezieht, trotz ihrer Verheirathung bestehen bleibt und auch nach Auflösung der Ehe nicht erlischt, insofern also eine Einschränkung der ehemännlichen Mundialsbefugnisse am Frauengut involviert, eine Schlußfolgerung, die umso berech-

---

\*) Vgl. Art. 476 des Code, dazu Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, B. III, (1895) § 576, S. 620, Thibaut, Lehrbuch des französischen Zivilrechts, (Ausgabe von Ghet, Berlin, 1841) § 140, S. 186 und 188.

\*\*) Vgl. §§ 1882—1895 und 1679—1681 des deutschen B. G. B., dazu die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (amtliche Ausgabe) B. IV (1888) § 1703, S. 1195. Vgl. auch Buchka l. c. S. 394 Note 5 und Förtsch: Der Code zivil und das Bürgerliche Gesetzbuch (1899) S. 54. —

\*\*\*) Dieselbe Wirkung soll nach Ansicht Mancher auch die Trennung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe haben, vgl. Ellinger: „Handbuch des österreichischen allgemeinen Zivilrechts“ (6. Aufl., 1858) ad § 175. —

tigter erscheint, als die von der Endigung der Vormundschaft handelnden §§ 249—252 der Heirath des Mündels nicht Erwähnung thun. —

Auch nach russischem Privatrecht bildet die Verheirathung der Minderjährigen keinen Aufhebungsgrund der elterlichen Gewalt resp. der sonstigen Vormundschaft. Für die elterliche Gewalt und zwar zunächst über verheirathete, volljährige Töchter hat das weniger Bedeutung, da die Wirkungen derselben sich bei Volljährigen überhaupt nur auf die Person, nicht auch auf das Vermögen derselben erstrecken, das mit dem Volljährigkeitstermin der freien Disposition der Tochter unterliegt\*), die elterliche Gewalt ihrerseits dann also schon eine unvollkommene wird. Sind die Töchter aber noch minderjährig, so haben die Eltern — und zwar vorzugsweise der Vater — allerdings die Verwaltung ihres Vermögens nach den Grundsätzen des Vormundschaftsrechts und hier ist die Frage aktueller. Allein irgend welche Rechte am Frauenvermögen stehen dem Ehemann in keinem Fall zu, da nach russischem Eherechte beide Vermögensmassen getrennt bleiben\*\*), ohne Unterschied, ob die Ehefrau voll- oder minderjährig ist. Daher wird man sich für das Bestehenbleiben des elterlichen Verwaltungsrechts am Vermögen der minderjährigen Tochter entscheiden müssen, auch wenn sie eine Ehe eingeht\*\*\*). Soweit jedoch die Person, nicht das Vermögen der heirathenden minderjährigen Tochter in Frage kommt, wird die elterliche Gewalt durch Verheirathung der Tochter zwar eingeschränkt, da sie der ehemannlichen Gewalt weichen muß †), aber auch nichts mehr als das. Sie wird also nicht aufgehoben.

\*) Vgl. Art. 181 R. X des Ewods der Reichsgesetze.

\*\*) Vgl. Art. 180 Bb. X des Ewods der Reichsgesetze, den Шершеневичъ, Русское гражданское право, S. 628 offenbar überieht, wenn er die elterliche Gewalt, wie es scheint, auch für die minderjährigen Kinder nur als eine an der Person bestehende auffaßt.

\*\*\*). Entscheidend ist Art. 179, P. 3. B. X der ausdrücklich besagt, daß durch die Ehe die elterliche Gewalt nur eingeschränkt, nicht aufgehoben wird.

†) Ueber die durchaus akzeptable Begründung des in Art. 179, P. 3 ztt. hervor- gehobenen Satzes vgl. den Schluß dieser Gesetzesstelle: ein und dieselbe Person könne nicht zwei unbefchränkten Gewalten zu gleicher Zeit unterworfen sein, und die zum Mann zehende und das Haus ihrer Eltern verlassende Frau könne dem Willen der Eltern nicht in derselben Weise unterworfen sein, wie die andern im elterlichen Hause befindlichen Kinder. Eine Einschränkung enthält allerdings Art. 108: obgleich die Frau vorzugsweise dem Mann gehorchen muß, so wird sie dadurch des Gehorsams ihren Eltern gegenüber noch nicht entbunden (nämlich wenn keine Konfliktsfälle vorliegen). — Das alte sächsische Recht hat seltsamer Weise in der Konkurrenz dieser beiden Gewalten nichts Anormales gefunden, vgl. Gerber, System, S. 680, Note, 17. Vgl. aber Kraut, Vormundschaftsrecht, Bb. II, S. 181 f. —

Dasselbe gilt auch für die in ihrer Vermögensverwaltung resp. Disposition unbeschränkte volljährige Ehefrau. Daraus läßt sich aber der Schluß ableiten, daß die elterliche Gewalt über die Person der minderjährigen Ehefrau nach Auflösung der Ehe als unbeschränkte wieder aufleben muß, da eine minderjährige Tochter über ihr Vermögen eben nicht verfügen darf und auch nicht die Nutznießung desselben hat. Die elterliche Gewalt über die Person der minderjährigen Tochter wird also durch ihre Verheirathung nur eingeschränkt, nicht aufgehoben. Es ist also nichts natürlicher als daß nach russischem Recht mit dem Wegfall der ehemännlichen Gewalt die durch letztere eingeengte elterliche Gewalt wieder zur unbeschränkten Entfaltung gelangt\*). Was aber von der elterlichen Gewalt gilt, muß auch auf die Altersvormundschaft bezogen werden. Auch diese hört für die minderjährige weibliche Mündel durch Verheirathung nicht auf, sondern wird nur, soweit das Wesen der dem Mann über die Person seiner Frau zustehenden Gewalt solches erfordert, eingeschränkt, um sofort mit der Auflösung der Ehe zu ihrer frühern Unbeschränktheit zu erstarken\*\*). Es scheint also auch für die verheirathete Minderjährige angenommen werden zu müssen, daß ihre rechtliche Stellung im Ganzen sich von der anderer Minderjähriger nur unwesentlich unterscheidet. Daher bleiben auch die Grundsätze des russischen Rechts über die mangelnde Dispositionsberechtigung der ungetheilten Kinder von den Bestimmungen über die eheherrliche Gewalt unberührt. Wenn schon das deutsche Recht, das wie kein anderes die Innigkeit der ehelichen Gemeinschaft in Sätzen wie: „Mann und Weib haben kein ungezweit Gut“ oder „Wem ich meinen Weib traue, traue ich auch mein Gut“ zum Ausdruck bringt und die vorherrschende Stellung des Ehemannes in Verwaltung und Nutzung des Frauengutes so allgemein hervortreten läßt, Vormundschaft und elterliche Gewalt durch die Heirath vielfach nicht untergehen läßt, um soviel weniger kann man erwarten, eine solche Aufhebung im russischen Recht vorzufinden, das der im römischen Recht üblichen starren Gütertrennung der ehelichen Vermögensmassen huldigend, dem Ehemann am Vermögen der Frau gar keine Rechte einräumt. —

Unter den neuesten Zivilgesetzentwürfen kennt der Vorentwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches den Satz „Heirath macht mündig“ offenbar nicht, da weder die Bestimmungen über Beendigung der

\*) Zu demselben Resultat gelangt auch Шершеневичъ, I, c. 629.

\*\*) Denn die Bestimmungen des X. Bandes über die verschiedenen Beendigungsarten der Altersvormundschaft thun der Verheirathung einer Minderjährigen keine Erwähnung (vgl. Шершеневичъ I. c. 647). —

väterlichen Gewalt noch die von den Aufhebungsarten der Altersvormundschaft handelnden Gesetzesstellen die Verheirathung einer Minderjährigen nennen\*). — Ebenso unbekannt ist der Satz dem neuen Ungarischen Entwurf\*\*). — Für die Altersvormundschaft läßt sich das aus mehreren Gesetzesstellen direkt erweisen. Die eine von ihnen ist der § 460. Nachdem derselbe im Abs. 1 den Umfang der auf die Person des Mündels sich erstreckenden Sorge des Vormundes dahin festgestellt hat, daß sie nur insoweit stattfinden, als es der Zweck der Stellung unter Vormundschaft erfordere, fährt er im Abs. 2 fort:

„Ist nicht der Ehegatte der Vormund des Mündels, so kann der Wirkungsbereich des Vormundes die Ausübung der auf die Ehe sich gründenden gegenseitigen Rechte der Ehegatten und die Erfüllung ihrer aus der Ehe entspringenden gegenseitigen Verpflichtungen nur insoweit hindern, als dies das offenbare Interesse des Mündels erfordert.“

Aus diesem § geht hervor, daß die minderjährige Ehefrau stets einen Vormund haben muß sowie daß auch der Ehemann ein solcher Altersvormund seiner Frau sein kann\*\*\*). Folglich wird die Vormundschaft über die minderjährige Jungfrau nach dem ungarischen Entwurf durch Verheirathung derselben nicht aufgehoben, sie behält also ihren frühern Vormund oder letzterer legt seine Vormundschaft für die Dauer der Ehe in die Hände des Ehemannes, um sie nach Auflösung der Ehe wieder aufzunehmen. Die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit der minderjährigen Ehefrau ist also ebenso beschränkt wie die jedes andern Minderjährigen.

Als zweite Stelle kommt § 463 in Betracht, der die Fortdauer der Altersvormundschaft über die minderjährige Ehefrau in ganz ähnlicher Weise voraussetzt.

Was aber die elterliche Gewalt betrifft, so genügt es auch hier, auf das Fehlen der Verheirathung als eines Aufhebungsgrundes unter den von der Aufhebung resp. Beschränkung der elterlichen Gewalt handelnden Gesetzesparagrafen des Entwurfs hinzuweisen†). —

Das baltische Recht verräth auch in diesem Punkt nur zu sehr seine Abstammung vom deutschen Mutterrecht. Wie es nämlich aus dem

\*) Vgl. Artt. 313—316 und 460. —

\*\*) Vgl. den Entwurf eines Ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1. Fassung) Aus dem Ungarischen übersezt im Auftrage des königlich ungarischen Justizministers. 1. Heft (1901).

\*\*\*) De lege lata ist das eine sehr bedenkliche Bestimmung. Denn in einer und derselben Person konzentrieren sich die Pflichten des Vormundes und die Rechte und Pflichten des Ehemannes, die leicht mit einander in Kollision gerathen können.

†) Vgl. §§ 270—342.



sächsischen Recht die Aufhebung der elterlichen Gewalt für Minderjährige männlichen Geschlechts durch eine von letzterem ausgehende Begründung eines selbstständigen Haushaltes (per separatam oeconomiam, sog. emancipatio Saxonica) schöpfte\*), so entnahm es bezüglich der Minderjährigen weiblichen Geschlechts anderen deutschen Statutarrechten den Satz: „Heirath macht mündig“, der in den Ostseeprovinzen schon in der ältesten Zeit eine Rolle spielte\*\*). Irgend welchen Schwankungen ist dieses Prinzip hierselbst wohl niemals ausgesetzt gewesen. Seinen hauptsächlichsten Grund mußte das in der dem deutschen Recht eigenthümlichen Auffassung des Eheverhältnisses haben, dessen gerade im baltischen Recht überall betonte Innigkeit eine Einmischung dritter Personen, wie z. B. des Vaters oder Vormundes sowie eine dadurch hervorgerufene Verkürzung der ehewormundschaftlichen Machtbefugnisse des Mannes nicht zulassen konnte\*\*\*). Und wie dann später in der neueren Theorie des deutschen Privatrechts Stimmen laut wurden, die sich gegen die Fortdauer der Altersvormundschaft über die in die Ehe tretende minderjährige Jungfrau†), somit also gegen die Konkurrenz vormundschaftlicher resp. elterlicher Gewaltbefugnisse mit dem ehemännlichen Mündium unter der gewiß richtigen Begründung aussprachen, daß die Beschränkung des Ehemannes in seiner Würde als Ehevoigt und Haupt seines Hauses und seiner Familie durch die Weiterdauer der ehelichen Gewalt resp. der Altersvormundschaft mit seiner ehewogteiligen Stellung, die sich im Wesentlichen in der Unterwerfung der Frau unter seinen Willen manifestierte, unverträglich sei††), so verschaffte sich auch in der Theorie

\*) Vgl. die offizielle „Geschichte des Liv-, Esth- und Kurländischen Privatrechts“ § 19, S. 28. u. § 145, S. 180.

\*\*) Vgl. „Geschichte des Liv-, Esth- und Kurländischen Privatrechts“ § 19, S. 28. So setzen z. B. die „Piltenschen Statuten“, II, 3, § 11. die Aufhebung der Altersvormundschaft durch die Verehelichung der Jungfrau geradezu voraus. Es lautet nämlich die betreffende Stelle folgendermaßen:

„Nach geendigter Vormundschaft sollen nebst dem Inventario, alle Rechnungen und Dokumenten, von dem ersten Jahre bis auf das letzte, denen so ihre 21 Jahr erreicht, oder, da eine Jungfrau vor der Zeit aufgesteigret wurde, ihren Ehemann übergeben, und eines halben Jahres Frist gelassen werden, sich darin zu erkundigen.“

Vgl. auch Esthl. Mitt. u. Land R. Bd. II, tit. 13, Art. 2, u. Livl. Mitt. R. Kap. 42. Vgl. auch überhaupt Rapiersky: Die Morgengabe des rigischen Rechts, S. 9, Note 13.

\*\*\*) Vgl. auch Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 183—187.

†) Cfr. Hillebrand, l. c. § 193, S. 710; Maurenbrecher, l. c. Bd. II § 575, S. 287 f.

††) Vgl. Kraut, l. c. S. 180 ff.

des baltischen Rechts der Satz: „Heirath macht mündig“ wenigstens für minderjährige Personen weiblichen Geschlechts unbestrittene Anerkennung\*). Dagegen hat eine Ausdehnung der Regel auch auf das männliche Geschlecht, die für das deutsche Privatrecht noch von Bluntschli durchaus befürwortet wird\*\*), in den Ostseeprovinzen wohl nie stattgefunden.

Das Provinzialgesetzbuch vom J. 1864 hat, getreu seinem Charakter als einer bloßen Kodifikation des bisherigen Rechts, die rechtliche Stellung der minderjährigen Ehefrau und zwar besonders hinsichtlich der Unbeschränktheit ihrer Handlungs- und Dispositionsfähigkeit keinerlei Aenderungen unterworfen, vielmehr Alles nach dem Früheren belassen. Dementsprechend gehört also die Kodifikation des ostseeprovinziellen Zivilrechts zu denjenigen Gesetzbüchern, die den Satz: „Heirath macht mündig“ für weibliche Minderjährige in ihrem vollen Umfang rezipiert hat. Es steht für das baltische Recht fest, daß durch Verheirathung der weiblichen Minderjährigen sowohl elterliche Gewalt wie auch Altersvormundschaft für immer erlöschen. Die beiden einzigen, aber auch ausreichenden Beweisstellen sind Artt. 235 und 467 Th. III des Prov. Rs. Der erste von ihnen handelt von der elterlichen Gewalt und besagt, daß letztere durch Verheirathung der Tochter für diese aufgehoben werde und auch nach Auflösung der Ehe nicht wieder auflebe, selbst wenn sie dann auch minderjährig sei. Der zweite Artikel betrifft die Altersvormundschaft und nennt unter den von ihm aufgezählten Endigungsgründen derselben in §. 5 ausdrücklich die Heirath der weiblichen Pflegebefohlenen\*\*\*). (nicht auch der männlichen). Zu Art. 235 zit. werden keine Quellenangaben gemacht. Es findet sich nur eine Verufung auf Gewohnheitsrecht.

---

\*) Vgl. Bunge, Litv. u. Esthl. Priv. R. Bb. II, § 327, S. 212, u. Kurl. Priv. R. § 226, S. 442.

\*\*) Vgl. dessen „Deutsches Privatrecht“ § 180, S. 512.

\*\*\*). Der Grund hierfür ist sehr durchsichtig. Es würden sich nämlich, wenn die Vormundschaft über die in die Ehe tretende Minderjährige aufrechterhalten bleiben sollte, häufige und unerträgliche Konflikte zwischen der ehewogteiligen Mundialgewalt des Mannes und der Machtsphäre des Vormundes ergeben, vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bb. II, S. 183—184. Deshalb hat sich auch das Provinzialgesetzbuch gleich den ihm verwandten Gesetzbüchern dazu entschlossen, die Altersvormundschaft der minorennen Ehefrau in dem ehemännlichen Mundium ganz und definitiv aufgehen zu lassen. Andere Gesetzgebungen haben resp. hatten, um derartigen Konflikten vorzubeugen, den Ehe man als gleichzeitigen Altersvormund zugelassen, vgl. namentlich Stobbe, Handbuch, B. IV, S. 511 und unsere vorhergehenden Ausführungen über die heutigen Gesetzgebungen, insbesondere Art. 179 B. 3, B. X des Schwds der Reichsgesetze.

Doch hätten immerhin die in Note 2 Seite 511 angeführten Quellenzitate angezogen werden können. Auf die Frage, ob nach Auflösung der Ehe die noch minderjährige Tochter wieder in die elterliche Gewalt zurückkehrt, ertheilen freilich weder diese noch andere provinzielle Quellen eine Antwort und das kann umso weniger befremden, als es nicht die Art älterer Rechtsquellen ist, auf derartig feine, schon eine gewisse zivilistische Durchbildung voraussetzende Subtilitäten einzugehen. So wenig wie dort, so sehr ist hier die bloße Verweisung auf Gewohnheitsrecht gerechtfertigt. Trotzdem muß angenommen werden, daß, wie das auch in vielen deutschen Partikularrechten der Fall war, ein definitives Erlöschen der elterlichen Gewalt über die in die Ehe tretende minderjährige Tochter schon im ältern Gewohnheitsrecht anerkannt war\*). Für das heutige Recht ist das durch Art. 235 jedenfalls außer Zweifel gestellt\*\*). Anders steht es mit dem von den verschiedenen Beendigungsgründen der Altersvormundschaft handelnden Art. 467. Der Punkt 5 dieses Artikels enthält nur den positiven Satz, daß die Vormundschaft über die minderjährige Tochter in Folge der Heirath erlischt. Wie es mit der Vormundschaft sein soll, wenn die Ehe bei noch minderjährigem Alter der Ehefrau aufgelöst wird, darüber enthält dies Gesetz nichts. Auch die angezogenen, in Note \*\*) S. 512 zitierten Quellenstellen zu Art. 467 P. 5 geben uns aus den hinsichtlich der endgültigen Aufhebung der elterlichen Gewalt im Obigen dargelegten Gründen keine Auskunft. Es erhebt sich deshalb zwar nicht für die elterliche Gewalt, wohl aber für die Altersvormundschaft die Frage: geht nach baltischem Recht die Vormundschaft über die in die Ehe tretende minderjährige Jungfrau definitiv und restlos in der ehewogtheilichen Mundialgewalt des Mannes auf, ohne daß die bei Auflösung der Ehe noch minderjährige Ehefrau wieder in die frühere Vormundschaft zurückfällt, oder muß ihr in letzterem

---

\*) Nach baltischem Recht dürfte also die minderjährige Ehefrau keine geringere Handlungsfähigkeit als die volljährige besitzen — mag es sich nun um Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder um solche von Todes wegen handeln — und deswegen wird man auch den von ihr formell fehlerlos errichteten Testamenten an sich die volle Gültigkeit nicht versagen dürfen, vgl. z. B. für das ältere deutsche Privatrecht Runde, Güterrecht, § 172, S. 370. — Natürlich darf man aber einen solchen Satz nicht durch Berufung auf die Regel des gemeinen Rechts stützen, daß auch die mündigen Minderjährigen weiblichen Geschlechts ohne Konsens ihrer Vormünder testieren dürfen, wie das noch Glück: Erläuterung, Bd. XXXIII, S. 106 ff. und Runde, l. c. S. 370 thun. — Für das ältere deutsche Recht wird es von Kraut, Vormundschaftsrecht, B. II, S. 182—183 geradezu ausgesprochen, daß in dieser Beziehung zwischen der minderjährigen und der volljährigen Ehefrau garklein Unterschied bestehe.

\*\*) Vgl. auch Erdmann, System, B. I, S. 487.

Fall wieder ein Vormund; wie jedem andern Pupillen, bis zur erreichten Großjährigkeit gesetzt werden? —

Die Theorie schwankt. Erdmann entscheidet sich in seinem System Bd. I § 104 S. 528 Note 5 nach Analogie des Wegfalls der elterlichen Gewalt sowie unter Berufung auf Artt. 467 und 489 B. 1 zwar für ein definitives Erlöschen der Vormundschaft, also gegen ein Wiederaufleben derselben nach Auflösung der Ehe. An einer andern Stelle dagegen (vgl. sein System, Bd. III § 234, S. 168, Note 3) will er — wie es scheint — zwischen der Fortdauer der Minderjährigkeit und der Neufreierung der Vormundschaft unterscheiden und trotz prinzipieller Verneinung der letztern die erstere dennoch aufrechterhalten. So gelangt denn Erdmann dazu, die Testierfähigkeit der minderjährigen Ehefrau auch bei vorhandener Mitwirkung resp. Konsens des Eheannes in Abrede zu stellen mit der durchsichernden Begründung, daß es sich hier um ein höchst persönliches Recht handele, dessen Mangel bei Minderjährigen auch nicht durch den vormundschaftlichen Konsens ersetzt werden könne.

Im Gegensatz zu Erdmann erklärt sich Zwingmann in Bd. III der von ihm herausgegebenen zivilrechtlichen Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte S. 117 in der Note (zu dem abweichenden Urtheil des Rigaschen Rathes vom 25. März 1873, sub N. 2412) strift für die Wiedereinsetzung einer neuen Tutel über die nach Auflösung der Ehe noch minderjährige Ehefrau, wobei er sich auf die Analogie der Adoption des Minderjährigen beruft, für den nach Aufhören der vormundschaftlichen Gewalt des Adoptivvaters gleichfalls ein neuer Vormund eingesetzt werden müsse, wie das nicht nur in den Artt. 272 und 457, sondern auch in Art. 471 ausgesprochen sei, der für den Fall des Todes oder der Entlassung des bisherigen Vormundes die Bestellung eines andern der Waisenbehörde zur Pflicht mache. Die Tutel könne nach Art. 302 auch den Eltern der minderjährigen Wittwee übertragen werden, falls bei ihnen die gesetzlichen Voraussetzungen zuträfen. Endlich könne die minderjährige Wittwee nicht Vormünderin ihrer Kinder sein, wie aus Art. 314 zur Evidenz hervorgehe. In den Vordergrund aber rückt Zwingmann den Satz, daß, da das Aufhören der Vormundschaft bei der in die Ehe tretenden Minderjährigen seinen Grund lediglich in der Person des Ehemannes finde, der nunmehr an Stelle des früheren Altersvormundes als ehelicher Vormund trete, mit dem Wegfall der Person des ehelichen Vormundes auch ein neuer Vormund wie für jeden Pupillen gewählt werden müsse. —

In der Praxis der ehemaligen Rigaschen Stadtgerichte scheint dieselbe Ansicht vertreten gewesen zu sein, wie sie nachher von Erdmann l. c. in offener Anlehnung an jene vertheidigt wurde. So gelangt das oben

angeführte Urtheil des Rigaschen Rathes vom 25. März 1873 sub Nr. 2412 \*), gestützt auf Artt. 489, 467, 269 und 1987, zu dem Ergebniß, daß zwar die Altersvormundschaft durch Verheirathung der minderjährigen Jungfrau erlösche, die Minderjährigkeit dagegen nichtsdestoweniger noch bestehen bleibe. Das Gesetz lasse die Minderjährigkeit für beide Geschlechter bis zum 21. Lebensjahre andauern und mache, abgesehen von der Forderung, davon nirgends eine Ausnahme, insbesondere auch nicht für den Fall der Verheirathung einer Minderjährigen. Eine minderjährige Ehefrau könne daher ebensowenig wie jeder andere Minderjährige rechtsgültig testieren, wie aus der absoluten Fassung des Art. 1989 hervorgehe. Die scheinbar abweichende Bestimmung des Art. 1991 gehe offenbar nur von der im Uebrigen selbstverständlichen Voraussetzung aus, daß die mit Einwilligung des Ehemannes resp. unter Zuziehung eines fremden Beirathes testierende Ehefrau nicht aus einem sonstigen Grunde, so z. B. wegen Geisteskrankheit der Fähigkeit, ein rechtsgültiges Testament zu errichten, ermangele. Dagegen stehe es auf der andern Seite fest, daß die Altersvormundschaft durch die Heirath definitiv erlösche, die nach Auflösung der Ehe noch minderjährige Ehefrau mithin nicht mehr in die Altersvormundschaft zurückkehre, eines Vormundes also nicht mehr bedürfe. —

Was nun zunächst die Zwingmann'sche Auffassung betrifft, so findet sie an den von ihm angerufenen Gesetzesstellen keinen Stützpunkt.

Art. 302 sagt:

„Nach Livländischen Land- und Stadtrechten überträgt das competente Waisengericht unter mehreren gleich nahen Verwandten die Vormundschaft den tüchtigsten; sind die nächsten untüchtig, so wird vom Waisengerichte auf die entfernteren Rücksicht genommen. Bei gleich nahen Verwandten von väterlicher und mütterlicher Seite bestellt das Waisengericht womöglich gleich viele von beiden Seiten. Die Stadtrechte ertheilen der Mutter und den Verwandten das Recht, Subjekte aus der Zahl der Letzteren zu Vormündern in Vorschlag zu bringen.“

Zunächst ist zu beachten, daß man aus diesem Artikel den von Zwingmann behaupteten Satz, die Dativtitel könne auch den Eltern der minderjährigen Wittwe übertragen werden, gar nicht herauslesen kann. Es scheint im Gegentheil dieses Gesetz an den Fall, daß eine Minderjährige verheirathet ist oder verheirathet war, gar nicht gedacht zu haben. Und dann will dieser Artikel wohl überhaupt nur auf die Frage antworten, wen aus der Zahl der Verwandten der Mündel das Waisengericht nach livländischem Recht zum Vormund zu ernennen habe und worauf sie hierbei sowie speziell bei gleich

\*) Cfr. die Zwingmann'sche Sammlung Bd. III, S. 114—120. (N. 328).

naher Verwandtschaft zu sehen habe. Die Erwähnung der Mutter dagegen im Schlußsatz des Art. 302 zit. geschieht in dem Sinne, daß ihr neben den anderen Verwandten nur ein Vorschlagsrecht zusteht, welches sie offenbar auch im Fall ihrer Minderjährigkeit ausüben kann. — Wenn ferner Zwingmann in Art. 314 einen Beweis für die Unfähigkeit der minderjährigen Wittwee, Vormünderin ihrer Kinder zu sein, erblicken will, so imputiert er demselben einen Sinn, der ihm jedenfalls nicht innewohnt. Denn dieser Artikel enthält unter Anderem nur die ganz allgemein gefasste Bestimmung, daß Minderjährige von der Uebernahme der Vormundschaft schlechthin ausgeschlossen sind. Allein ebensowenig wie in diesem Fall geschieht auch in den Artt. 272, 457 und 471 der minderjährigen Ehefrau Erwähnung, so daß also die Analogie der Adoption, deren Erlöschen zufolge jener Artikel die Einsetzung eines Vormundes über den minderjährigen Adoptierten nothwendig mache, gleichfalls nichts verschlagen dürfte. Und doch erfordert — was später noch näher ausgeführt werden soll — gerade die Stellung der Ehefrau als solcher eine von anderen Minderjährigen abweichende Behandlung. Es kommt hier — außer der restlosen Ueberleitung der Altersvormundschaft in die Mundialgewalt des Ehemannes — die Würde der Hausmutter ihrem Hausweisen, ihren Kindern zc. gegenüber in Betracht, die ihr eine Selbstständigkeit in allen ihren Handlungen wie jeder volljährigen Frauensperson verleihen muß und die ihr auch nach Auflösung der Ehe nicht genommen werden kann. Wenn daher die von Zwingmann angerufenen Artikel ganz allgemein von allen Minderjährigen sprechen, ohne speziell Ehefrauen herauszuheben, so darf daraus nicht geschlossen werden, die Kodifikation habe der Besonderheit ihrer sozialen und rechtlichen Stellung keine Rechnung getragen und sie wie jeden anderen Minderjährigen behandeln wollen, zumal wenn noch sonst Gründe vorliegen, die eine exceptionelle Behandlungsweise der minderjährigen Ehefrau rechtfertigen, und diese Gründe sich aus den geltenden gesetzlichen Bestimmungen ableiten lassen. —

Sinfällig ist schließlich auch folgender Einwand Zwingmanns, auf den er besonders Gewicht zu legen scheint: da der Grund, weshalb die bisherige Vormundschaft über die minderjährige Jungfrau durch ihre Heirath erlösche, darin liege, daß die Altersvormundschaft nunmehr in die eheliche Vormundschaft ihres Mannes übergehe, so müsse eben, da die Vormundschaft solchenfalls aus einem in der Person des Ehemannes liegende Grunde ihr Ende erreiche, nach dem Beispiel der Adoption eine neue Vormundschaft über den Pupillen eingesetzt werden.

Soll aber wirklich der Endigungsgrund der Vormundschaft in vorliegendem Falle bloß in der Person des Ehemannes liegen und umgekehrt das Wiederaufleben der Vormundschaft dementsprechend nur aus

dem Wegfall der Person des Ehevormundes erklärt werden, der allein die Einsetzung einer neuen und zwar der gewöhnlichen Altersvormundschaft, wie sie für die Ehefrau vor ihrer Verheirathung bestand, nöthig mache, so müßte doch ein solcher Wegfall der Person des Ehemannes — einerlei, aus welchem Grunde die Ehe aufgelöst wird — auch für die elterliche Gewalt die Wirkung haben, daß die zufolge der Verheirathung aus derselben heraustretende minderjährige Ehefrau nach Auflösung der Ehe wieder in diese Gewalt zurückzukehren habe. Das ist aber nach dem Gesetz gerade nicht der Fall. Art. 235 statuiert, wie wir sahen, gerade umgekehrt, daß die elterliche Gewalt selbst dann nicht wieder auflebt, wenn die Ehefrau nach Auflösung der Ehe noch minderjährig sein sollte. Eine solch' auffallende Inkongruenz in der Behandlung zweier ganz analoger Fälle darf aber beim Gesetzgeber ohne Weiteres nicht vorausgesetzt werden, falls sie nicht durch andere Gründe außer Zweifel gestellt wird. — Auf jeden Fall aber zeigt Art. 235, daß der durch die Auflösung der Ehe gegebene Wegfall der Person des Ehemannes als des ehelichen Vormundes die Rückkehr der minderjährigen Ehefrau in die Altersvormundschaft nicht genügend erklären würde. —

Das bereits citierte Urtheil des Rigaschen Rathes sowie Erdmann 1. c. scheinen zwar, indem sie ein Wiederaufleben der durch die Heirath der minderjährigen Tochter beendeten Altersvormundschaft über letztere nach Auflösung der Ehe im Prinzip leugnen, den richtigen Weg einschlagen zu wollen, allein sie verlassen denselben alsbald wieder, insofern sie — wie schon angedeutet wurde — zwischen der Aufhebung der Tutel und dem Erlöschen der Minderjährigkeit unterscheiden und sich zwar für erstere, allein gegen letzteres erklären. Mit einer solchen Unterscheidung kann man sich aber wohl schwerlich befreunden. Zwischen der Beendigung der Vormundschaft und der trotzdem behaupteten Fortdauer der Minderjährigkeit bei der durch die Heirath mündig gewordenen Ehefrau ist m. E. n. eine Kluft vorhanden, von der ich nicht weiß, wie man sie überbrücken will. Es giebt doch nur diese Alternative: entweder die Vormundschaft über die minderjährige Ehefrau erlischt durch die Heirath für immer, lebt also auch nach Auflösung der Ehe nicht mehr auf. Dann muß man sie aber in allen Stücken wie eine volljährige behandeln. Oder die Vormundschaft wird nur für die Dauer der Ehe durch die nunmehr eintretende ehemännliche Vormundschaft außer Kraft gesetzt, um wieder aufzuleben, sobald nur die Ehe der noch Minderjährigen wieder aufgelöst wird, und in diesem Falle wird man ihr diejenige rechtliche Stellung vindizieren müssen, die jedem sonstigen Minderjährigen zu eigen ist. Wenn man dagegen zwar ein definitives Erlöschen der Vormundschaft annimmt, nichts desto =

weniger aber die nach Auflösung der Ehe noch minderjährige Frau rechtlich jedem andern Pupillen gleich d. h. eben als Minderjährige behandeln will, so muß sich das nicht zu beseitigende Nonsens ergeben, daß zwar ein Minderjähriger, aber kein Vormund für denselben vorhanden ist, entgegen den Artt. 267, 268 B. 1 und 272, die für Minderjährige eine obligatorische Tutel vorschreiben, namentlich auch, wenn sie aus der elterlichen Gewalt entlassen sind.

Man kann also nicht die Vormundschaft für definitiv aufgehoben, die Minderjährigkeit aber für rechtlich noch bestehend erklären. Ein Standpunkt, wie er von dem gedachten Urtheil des Rigaschen Rathes und von Erdmann vertreten wird, erscheint unhaltbar, weil er unlogisch ist. Dann wäre es schon konsequenter, mit Zwingmann die Nothwendigkeit einer Neufreierung der Vormundschaft über die minderjährige Ehefrau nach Auflösung der Ehe anzunehmen. —

Die Unmöglichkeit der Annahme eines solchen Wiederauflebens der Vormundschaft über die minderjährige Ehefrau in dem von uns angenommenen Falle läßt sich aber für das ostseeprovinzielle Privatrecht ohne sonderliche Schwierigkeiten nachweisen, denn

1. spricht dafür die auch von Erdmann geltendgemachte Analogie der elterlichen Gewalt, die nach Art. 235 zit. für die heirathende minderjährige Tochter auch nach Auflösung der Ehe nicht wieder neu-freiert zu werden braucht. Wenn sogar die den Kompetenzenkreis des Vormundes vielfach überschreitende elterliche resp. väterliche Gewalt nicht die Kraft hat, sich die nach Auflösung der Ehe aus der ehelichen Vormundschaft getretene minderjährige Ehefrau wieder zu unterwerfen, so kann man umso weniger annehmen, daß der sonstigen Vormundschaft diese Kraft innewohnen soll. Man darf nicht voraussetzen, daß der Gesetzgeber diese beiden analog liegenden Fälle abweichend von einander habe behandeln wollen.

2. Das definitive Erlöschen der Altersvormundschaft ergibt sich aber auch aus einer Vergleichung der Artt. 235, 267, 268 B. 1 und 272 mit Art. 467 B. 5 resp. aus einer genaueren Analyse dieses letzteren Artikels. — Jeder Minderjährige, der nicht unter elterlicher oder adoptivelterlicher Gewalt steht, bedarf eines Vormundes. Die angeführten Artt. 267, 268 B. 1 und 272 stellen das außer Zweifel. Tritt also ein Minderjähriger aus der elterlichen Gewalt heraus oder gehen beide oder einer der Eltern mit Tode ab, so sind ihm Vormünder zu bestellen (Art. 268 B. 1). Art. 467 B. 5 sagt: die Vormundschaft über minderjährige Töchter erlischt mit ihrer Verheirathung, womit die Regel: „Heirath macht mündig“ offenbar in toto anerkannt ist.



Liegt nun keiner der im Provinzialgesetzbuch anerkannten gesetzlichen Gründe vor, aus welchen den Eltern ihre elterliche Gewalt ganz oder nur theilweise entzogen wird \*), sind aber die Eltern zur Zeit, wo die Ehe der minderjährigen Tochter aufgelöst wurde, noch am Leben, so könnte man, wenn wir zunächst von Art. 235 zit. ganz absehen, in Grundlage des Art. 272 erwarten, daß der minderjährigen Tochter, wenn die Ehe aufgelöst wird, wie jedem anderen Minderjährigen eine Vormundschaft bestellt werde. Da aber die Eltern eben noch am Leben sind und nach den Grundsätzen des baltischen Rechts in diesem Falle keine Vormünder ernannt werden, weil die Eltern die Stellung von natürlichen Vormündern über ihre Kinder sowohl hinsichtlich ihrer Person als auch ihres Vermögens einnehmen \*\*), so müßte eigentlich die durch die elterliche Gewalt repräsentierte natürliche Vormundschaft über die minderjährige Tochter nach Auflösung der Ehe wieder zur Wirksamkeit gelangen. Art. 235 läßt sie aber im diesem Fall nicht wieder wirksam werden, sonder erklärt sie für durch die Heirath definitiv erloschen. Daraus geht aber hervor und läßt sich zur Evidenz folgern, daß Art. 235 die minderjährige Ehefrau auch nach Auflösung der Ehe nicht mehr zu den schutzbedürftigen Personen rechnet, denen beim Tode der Eltern oder beim Vorhandensein anderer in der Person der Eltern liegender Wegfallsgründe der elterlichen Gewalt Vormünder zu bestellen wären, und daß dies überhaupt der Standpunkt ist, den das Provinzialgesetzbuch in dieser Frage einnimmt. Denn ginge letzteres von der entgegengesetzten Voraussetzung aus, so hätte eben die prinzipiell nothwendig gewordene Bevormundung schutzbedürftiger Personen in Gestalt der natürlichen Vormundschaft in Grundlage des Art. 273 den Eltern der minderjährigen Tochter übertragen werden müssen, womit aber gleichzeitig der Schlußsatz des Art. 235 unmöglich geworden wäre. Daß letzterer trotzdem in dem gedachten Artikel steht, ist der beste Beweis dafür, daß die Modifikation auch eine Neukreierung der Altersvormundschaft über die nach Auflösung der Ehe noch im minderjährigen Alter befindliche Ehefrau für unnöthig, ja sogar für unzulässig hält.

Was aber den dem Art. 235 entsprechende Art. 467 P. 5 betrifft, so ist es ein zu Gunsten unserer Ansicht schwer ins Gewicht fallendes Moment, daß letzterer die Altersvormundschaft über die minderjährige Tochter durch deren Heirath eben einfach als erloschen hinstellt. Wäre damit ein Erlöschen bloß für die Zeit der Ehedauer gemeint, so hätte nicht von einer Aufhebung, sondern höchstens von einer zeitweiligen, auf die Dauer der ehvormundschaftlichen Gewalt des Mannes beschränkten

---

\*) Vgl. z. B. Artt. 239, 226, 274 u. 228.

\*\*) Vgl. Art. 273 ff.

Außerkräftsetzung der Vormundschaft die Rede sein können. Derselbe Art. 467 B. 1 nennt aber ferner die Heirath der minderjährigen Jungfrau als Aufhebungsgrund der Vormundschaft und zwar zusammen mit solchen Aufhebungsgründen, wie das Erreichen der Großjährigkeit und die Fehrgabung, wo doch ein Wiederaufleben der Altersvormundschaft eo ipso nicht mehr stattfinden kann.

3. Das Provinzialgesetzbuch sagt nirgends, daß der nach Auflösung der Ehe zu dieser Zeit noch minderjährigen Ehefrau noch Vormünder gesetzt werden müssen, falls die Eltern nicht mehr am Leben sind oder ihnen die elterliche Gewalt aus irgend welchen gesetzlichen Gründen entzogen ist.

4. Wo überall von dem Recht der überlebenden Wittwe die Rede ist, natürliche Vormünderin ihrer Kinder zu sein und die damit verknüpften Rechte auszuüben\*), wird nirgends zwischen der volljährigen und der minderjährigen Wittwe unterschieden, sondern nur ganz allgemein von der Wittwe überhaupt gesprochen, während die Hervorhebung eines solchen Unterschiedes doch wohl nahegelegen hätte.

5. In gleicher Weise enthalten auch alle diejenigen Gesetzesbestimmungen, die von den der Ehefrau an ihrem Vermögen, so z. B. dem Sondergut zustehenden Verfügungsrechten handeln, keine Spur davon, daß die Stellung der minderjährigen Ehefrau in dieser Hinsicht eine andere, eingeschränktere wäre als die der großjährigen. Es wird also ein Unterschied zwischen der minderjährigen und großjährigen Ehefrau nirgends gemacht und an keiner Stelle wird die Gültigkeit ihrer eventuellen Dispositionen von der Mitwirkung eines etwaigen Altersvormundes abhängig gemacht.

6. Nach Art. 489 B. 1 wird die gesetzliche Frist von Jahr und Tag, innerhalb welcher die minorene Ehefrau die Schlußrechnung des Vormundes anfechten kann, nicht vom Datum ihrer Volljährigkeit, sondern vom Tage ihrer Verheirathung an berechnet. Das muß auch für den Fall gelten, daß die Ehe der minorennen Ehefrau aufgelöst wird. Denn B. 1 statuiert für diesen Fall nichts Besonderes. Wäre also die minderjährige Ehefrau nach Auflösung der Ehe ebenso vormundschaftsbedürftig wie jeder andere Pupill, so müßte die Frist nicht vom Tage ihrer Verheirathung, sondern vom Datum ihrer Volljährigkeit berechnet werden\*\*).

7. Auch das durch Begründung eines eigenen Haushaltes seitens des Kindes erfolgte Erlöschen der elterlichen Gewalt (vgl. Artt.

---

\*) Vgl. Artt. 280—288.

\*\*) Siehe auch Erdmann, System B. I, S. 528, Note 5.

131—234) ist ein definitives, die Aufgabe des eigenen Haushaltes ruft also die elterliche Gewalt nicht mehr ins Leben zurück\*).

8. Der mit Genehmigung der Eltern einen selbstständigen Haushalt gründende und dadurch aus der elterlichen Gewalt tretende Sohn bedarf, wenn er noch minderjährig ist, bis zu seiner Großjährigkeit noch immer eines Vormundes\*\*). Hätte der Gesetzgeber für die heirathende minderjährige Tochter im Fall der Ehelichung resp. Ehetrennung dieselbe Folge eintreten lassen wollen, so hätte er das in Art. 235, wo die beste Gelegenheit dazu war, hervorheben müssen, was er indeß nicht gethan hat. Folglich ist anzunehmen, daß nach Absicht des Gesetzgebers der Fall des Art. 235 ff. eben anders zu behandeln ist. —

9. Auch manche der ältern deutschen Partikularrechte ließen die Vormundschaft nach Auflösung der Ehe nicht mehr aufleben und ebenso hat sich auch das französische Recht dafür ausgesprochen. Die Grundlage des Provinzialgesetzbuches wird aber außer vom römischen Recht, gerade was das Familienrecht betrifft, auch vom deutschen Privatrecht, das hier wie jenes Subsidiarrecht ist, gebildet und namentlich im Eherecht herrschen Rechtsätze deutscher rechtlicher Provenienz vor. —

Dagegen wäre es verfehlt, die Nothwendigkeit einer neuen Vormundschaft über eine minorenne verwitwete oder abgeschiedene Ehefrau etwa im Hinblick auf die nach Auflösung der Ehe noch restierende Geschlechtsvormundschaft, die sich in diesem Falle jede Ehefrau gefallen lassen müsse, zu leugnen, wie solches von dem angeführten Urtheil des Rigaschen Rathes irriger Weise angenommen wird\*\*\*), woselbst die Geschlechtsvormundschaft als einstweilen genügendes Surrogat für die verschwundene Altersvormundschaft über die minorenne Ehefrau hingestellt wird. Denn die allgemeine Geschlechtsvormundschaft ist eben im Provinzialrecht nicht anerkannt und für Ehefrauen durch die eheliche Mundialgewalt ersetzt, deren einzelne die Ehefrau beschränkende Wirkungen unmöglich schlechthin unter dem Begriffe „Geschlechtsvormundschaft“ zusammengefaßt werden können. Und eine Geschlechtskuratel über Wittween ist auch aus den ältern Quellen des baltischen Rechts nicht nachweisbar†).

Wenn nun aber — wie hoffentlich bewiesen ist — die Vormundschaft über eine Minderjährige durch ihre Verheirathung im wahren Sinne des Wortes d. h. für immer erloschen ist, also niemals mehr aufleben kann, selbst nach Auflösung der Ehe nicht, trotz noch de facto vorhan-

\*) Vgl. Erdmann, System, B. I, § 95, S. 486, Note 4.

\*\*) Vgl. Art. 232.

\*\*\*) Vgl. Zwingmann'sche Sammlung, B. III, S. 117.

†) Vgl. Erdmann, Güterrecht, § 14, S. 169, Note 46.

dener Minderjährigkeit der Ehefrau, so ist die nothwendige und schon aus reinen Vernunftgründen sich ergebende Folge davon die, daß nunmehr auch die Minderjährigkeit der Ehefrau, wenn auch nicht thatsächlich, so doch wenigstens rechtlich erlischt resp. in eine fingierte Großjährigkeit umgewandelt wird. Und wenn Art. 235 zit. von der Aufhebung der elterlichen Gewalt durch die Heirath der minderjährigen Tochter spricht, die auch nach Trennung der Ehe nicht wieder auflebt, auch wenn sie dann noch minderjährig ist, so wird damit nicht gesagt: die Tochter ist nach wie vor minderjährig und bleibt es, kehrt aber dennoch nicht mehr in die elterliche Gewalt zurück, sondern es wird nur gesagt: trotzdem daß sie bei Auflösung der Ehe thatsächlich noch minderjährig ist, kehrt sie nicht mehr in die elterliche Gewalt zurück. Es wird also einfach auf eine in der Vergangenheit liegende rechtliche Qualität der thatsächlich, nicht aber rechtlich noch minderjährigen Ehefrau Bezug genommen d. h. eben auf ihre frühere Minderjährigkeit, die schon mit Eingehung der Ehe nur noch thatsächlich und buchstäblich vorhanden, rechtlich aber als erloschen anzusehen war. Die „minderjährige“ Tochter im Art. 235 ist demnach nur als thatsächlich minderjährig aufzufassen, rechtlich ist sie schon seit Eingehung der Ehe als volljährig anzusehen. Art. 235 bedient sich einer freilich nicht ganz präzisen, dennoch aber in theoretischen Schriften wie auch in der Gesetzgebung nicht selten üblichen Ausdrucksweise. So pflegt man z. B. zu sagen: Diese oder jene Frist läßt für den Minderjährigen a dato der erreichten Volljährigkeit, womit natürlich nicht der Volljähriggewordene als Minderjähriger bezeichnet und demgemäß behandelt wird. Auch was den Ausdruck „Minderjährige“ in Art. 235 anbetrifft, spricht also dieses Gesetz zum Mindesten nicht gegen die von uns vertretene Ansicht.

Soll nun zwar die Altersvormundschaft über die minorennene Ehefrau nach Auflösung der Ehe, wie das von Erdmann und dem citierten Rathsurtheil ganz richtig angenommen wird, wirklich nicht mehr aufleben, die Minderjährigkeit aber trotzdem auch jetzt noch als rechtlich vorhanden angesehen werden, so würde die Frage entstehen, was dann die behauptete und aus den Gesetzen auch wirklich abzuleitende Aufhebung der Vormundschaft überhaupt für einen Sinn und Bedeutung haben soll, eine Frage, auf die sich in diesem Fall keine Antwort finden dürfte. Es müssen sich doch an die Aufhebung der Vormundschaft irgend welche Wirkungen knüpfen und zwar als nächstliegende die, daß der von der Vormundschaft Befreite auch rechtlich als solcher zu behandeln ist d. h. volle Handlungs- und Geschäftsfähigkeit sowie unbegrenzte Verfügungsfreiheit haben, mit einem Worte die rechtliche Stellung eines Volljährigen einnehmen muß. Soll die Minderjährigkeit der Ehefrau aber trotz Aufhebung der Vormundschaft auch nach Auflösung der Ehe noch als rechtlich fortdauernd angesehen,

die Ehefrau also in allen Stücken ganz so wie jeder Minderjährige behandelt werden, so wäre damit ein schutzbedürftiger Pupill gegeben, der gleichwohl des rechtlichen Schutzes und Beistandes und jeglicher Vertretung, wie solche in der Person des Vormundes jedem Minderjährigen obligatorisch beizuordnen sind, gänzlich entbehren würde. Die minderjährige Ehefrau könnte dann keine einzige gültige Rechtshandlung vornehmen, sie könnte keinerlei Dispositionen über ihr separates Vermögen treffen, weil ihr der Vormund fehlt, der ihre mangelnde Handlungsfähigkeit ergänzen, ihr zur Seiten stehen und ihre rechtlichen Interessen vertreten könnte. Sie wäre eine Null und nichts! Und diese so bedeutsame Ausnahme von der sonst prinzipiell anerkannten Handlungsfähigkeit der Ehefrau resp. Wittwee sollte die Modifikation, wenn die Statuierung dieser Ausnahme wirklich in ihrer Absicht gelegen hätte, nirgends auch nur angedeutet haben!? Welch' ein Nonsens, diese Existenz eines Minderjährigen ohne Vormund! Welch' ein Widerspruch gegen die bestimmte, klare Vorschrift des Gesetzes (Art. 272 zit), daß jeder Minderjährige Vormünder haben müsse! Wenn man die minorene Ehefrau für die Zeit der Ehe trotz ihrer tatsächlichen Minderjährigkeit rechtlich als solche nicht behandelt, ihre Handlungsfähigkeit nicht leugnet, trotzdem daß sie unter der namentlich in vermögensrechtlicher Hinsicht, sie einengenden Ehevogtei des Ehemannes steht, wie kommt man dazu nach Wegfall der Ehevogtei durch Auflösung des Ehebundes die Ehefrau noch als minderjährige zu behandeln, trotz des Satzes: „Heirath macht mündig“ und trotz der Analogie der elterlichen Gewalt, in welche die verheirathete Tochter nach Auflösung der Ehe nicht zurückfällt, auch wenn sie noch minderjährig ist? Steht der Rechtsparömie: „Heirath macht mündig“ etwa als Gegenstück der Satz: „Trennung der Ehe macht wieder unmündig“ gegenüber? Oder war diese Rechtsparömie in dem Sinne gemeint, daß sie stillschweigend den Schluß auf das Gegentheil: „Trennung der Ehe hebt die Mündigkeit wieder auf“ zuläßt? Auf alle diese Fragen ist selbstverständlich mit einem strikten „Nein“ zu antworten. Sollte die Minderjährigkeit der Ehefrau durch ihre Verheirathung nicht für immer erlöschen, sondern nur für die Zeit der Dauer des Ehebündnisses suspendiert werden, so hätte es nicht so absolut heißen können: „Heirath macht mündig“, sondern: „Heirath macht zeitweilig d. h. für die Ehedauer mündig“! Nicht das Bestehen des Ehebundes, sondern die Thatfache der Verheirathung hat ja eine die elterliche Gewalt und die Vormundschaft resp. Minderjährigkeit definitiv aufhebende Wirkung, denn es heißt: „Heirath macht mündig“ und nicht etwa: „die Ehe macht mündig“. Zwar das Ehebündniß, nicht aber die Heirath läßt sich rückgängig machen. Die Voraussetzung des Mündigwerdens kann also niemals mehr wegfallen.

Man sieht also: die Annahme einer auch nach Auflösung des Ehebandes nicht mehr rückgängig zu machenden Aufhebung der Vormundschaft über die minorennne Ehefrau, die als gesetzlich anerkannte Folge ihrer Verheirathung erscheint, und die gleichzeitig behauptete rechtliche Fortdauer ihrer Minderjährigkeit führen zu einem unlösbaren Dilemma, in eine Sackgasse, aus der es keinen Ausweg giebt\*). Die einzige Lösung ist und bleibt deshalb, als logische Folge des definitiven Erlöschens der Vormundschaft auch ein definitives Aufhören der Minderjährigkeit für die minorennne Ehefrau, das auch nach Auflösung der Ehe fort dauert, mithin eine fingierte Großjährigkeit derselben anzunehmen und demgemäß die Ehefrau trotz ihrer thatsächlichen (nicht rechtlichen) Minderjährigkeit in jeder Beziehung wie eine Großjährige zu behandeln. Die Erreichung des 21. Lebensjahres würde dann also der rechtlichen Relevanz entbehren und die rechtliche Volljährigkeit nur in eine wirklich thatsächliche verwandeln. Die Fiktion weicht dann der Wirklichkeit. —

Diese von uns im Gegensatz zum öfterwähnten Rathsurtheile und Erdmann vertretene Ansicht vom definitiven Erlöschen der Minderjährigkeit findet aber außerdem noch eine positive Stütze in Art. 489 B. 1, von dem schon auf S. 520 dieser Abhandlung die Rede war, insofern nämlich daselbst die gesetzliche Frist für die Inanspruchnahme des Vormundes für die heirathende minderjährige Jungfrau nicht a dato des erreichten 21. Lebensjahres, sondern von dem Tage ihrer Verheirathung läuft, eben aus dem Grunde, weil die Ehefrau schon durch die Heirath als großjährig geworden angesehen und dementsprechend behandelt wird d. h. mit Rücksicht auf den Satz: „Heirath macht mündig“. Der gedachte Artikel bildet also gleichsam das letzte Glied in der Kette von Beweisgründen für das endgültige Erlöschen der Minderjährigkeit durch die Verheirathung der minorenneen Jungfrau. Ist aber die Minderjährigkeit in rechtlicher Hinsicht für alle Zeit erloschen, so darf in der rechtlichen Stellung der noch nicht einundzwanzigjährigen Ehefrau kein Unterschied zwischen der Dauer des Ehebandes und seiner Auflösung gemacht werden. Die Ehefrau muß also dieselbe Handlungs- und Dispositionsfähigkeit nach Auflösung der Ehe haben, wie sie eine solche noch während der Ehe besaß. Die

---

\*) Solches überfieht (für das ältere deutsche Recht) offenbar auch Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 183, Note 43, der Minderjährigkeit und Vormundschaft aus ihrem Zusammenhang reißen und die von der Altersvormundschaft befreite Ehefrau dennoch als minderjährige behandeln will.

Auflösung der Ehe involviert mithin in dieser Hinsicht gar keine Aenderung. Die zur Zeit der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes noch nicht einundzwanzigjährige Ehefrau kann z. B. selbstständig Verträge abschließen, Prozesse führen, über ihr mobiliars Sondergut verfügen, ihr angefallene Erbschaften antreten sowie ausschlagen und Testamente errichten auf derselben Grundlage, wie sie dazu zur Zeit der Ehe befugt und befähigt war, ohne eines Vormunds oder auch nur eines Rathsfreundes zu benöthigen. —

Wo deßhalb — gemäß unsern frühern Ausführungen — die Mitwirkung des Ehemannes in der Eigenschaft eines ehelichen Assistenten oder bei Kollisionsfällen zwischen den Interessen beider Ehegatten die Hinzuziehung eines Rathsfreundes in der Person eines Dritten erforderlich sind, da genügt eben die Hinzuziehung resp. Mitwirkung dieser Personen seitens der noch nicht einundzwanzigjährigen Ehefrau, ohne daß es nöthig wäre, zur Vornahme jener Rechtsakte der Ehefrau entweder überhaupt oder ad hoc noch einen Vormund zu bestellen. Und selbstverständlich bezieht sich das auch auf die Wittwee. Hier hat das Gesetz selbst — wie wir später sehen werden — ohne Unterschied, ob die Wittwee minderjährig oder volljährig ist, soweit sie als beerbte in Frage kommt, mit Rücksicht auf die Vermögensinteressen der etwa vorhandenen Kinder für die Bestellung von Mitvormündern gesorgt, die ihr in der Verwaltung des Vermögens und Erziehung der Kinder zur Seite stehen, ohne im Uebrigen die Handlungs- resp. Dispositionsfähigkeit auch der minorennen Wittwee anzutasten. Denn die Mitvormünder erhält letztere eben nur im Hinblick auf die Kinder, nicht wegen eines in ihrer Person etwa anzunehmenden Mangels der vollen Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit. —

Fassen wir nun im Speziellen die Testierfähigkeit der minorennen Ehefrau oder Wittwee ins Auge, so muß diese im Gegensatz zu der vom Urtheil des Rigaschen Rathes\*) und Erdmann\*\*) vertretenen Ansicht im demselben Maße wie die der volljährigen anerkannt werden. Demnach wird in Curland und Reval auch das Testament der ohne ihren Mann testierenden minderjährigen Ehefrau und vollends das der minorennen Wittwee oder abgeschiedenen Ehefrau vollkommen gültig sein, wie das Testament jedes Einundzwanzigjährigen\*\*\*). Und testiert sie zu Gunsten ihres Mannes, so bedarf

\*) Vgl. Zwingmann's Präjudikatenammlung, B. III, S. 118—120.

\*\*) Vgl. dessen System, Bd. III, S. 168, Note 3.

\*\*\*) Vgl. von ältern Germanisten besonders Runde, Güterrecht, § 172, S. 370 u. diese Abhandlung, S. 492.

sie auch nicht einmal eines Rathsfreundes. Verfügt in Liv- und Esth-land die minderjährige Ehefrau in ihrem Testament zu Gunsten eines Dritten, so genügt es zur Gültigkeit des Testaments, wenn die Testamentserrichtung unter Assistenz und mit Einwilligung ihres Mannes erfolgte. Testiert sie dagegen zu Gunsten des Ehemannes, so braucht sie nur einen Rathsfreund hinzuzuziehen. Die Richtigkeit dieser Sätze ergibt sich auch schon daraus, daß die hier einschlägigen Artikel 30, 1991 und 1992 ganz allgemein von jeder Ehefrau sprechen, ohne zwischen der volljährigen und minderjährigen zu unterscheiden. —

De lege lata unerheblich ist folgender, gegen die im Text vertretene Ansicht über die gleiche Behandlung der voll- und minderjährigen Ehefrau resp. Wittwee mögliche Einwand. Da nämlich der vom Provinzialgesetzbuch rezipierte Satz: „Heirath macht mündig“ auf das männliche Geschlecht unanwendbar ist d. h. also männliche Minderjährige nach wie vor unter elterlicher Gewalt oder Altersvormundschaft stehen und rechtlich wie Minderjährige behandelt werden, auch wenn sie heirathen, so würden letztere ja — könnte man sagen — ungünstiger gestellt sein als minorene Ehefrauen, deren Minderjährigkeit (in rechtlicher Beziehung) Altersvormundschaft und elterliche Gewalt durch die Heirath erlöschen sollen. Wie kann man also annehmen, der Gesetzgeber habe das männliche Geschlecht, das er doch sonst dem weiblichen gegenüber eher zu bevorzugen pflegt, in so auffallender Weise zurücksetzen wollen?! Die hierin liegende Anomalie hat man im ältern deutschen Recht vielfach sehr wohl herausgefühlt und dementprechend haben sich auch nicht wenige unter den deutschen Partikularrechte veranlaßt gesehen, den Satz „Heirath macht mündig“ auch auf den männlichen Minderjährigen auszudehnen und in Folge dessen auch für den männlichen Minderjährigen ein Nichtwiederaufleben der elterlichen Gewalt und Altersvormundschaft anzunehmen, wenn die Ehe desselben noch bei seiner Minderjährigkeit getrennt resp. aufgelöst wird.

Und in der Theorie des deutschen Privatrechts konnte noch Buntzschli\*), den gegentheiligen Standpunkt einzelner Gesetzgebungen verwerfend, die von ihm befürwortete Ausdehnung unseres Satzes auch auf die männlichen Minderjährigen mit folgenden, freilich für die Person der minderjährigen Ehefrau mehr zutreffenden Worten zu rechtfertigen versuchen:

„Wenn einzelne neuere Gesetzgebungen im Gegentheil die Vormundschaft noch fortbauern lassen, so gerathen sie theils in Widerspruch mit sich selber, indem sie einen Mann für fähig erklären, die Pflichten eines Ehemannes, Vaters und Vorstandes einer Haushaltung zu übernehmen, und für unfähig sein Vermögen zu verwalten; theils ist eine solche

\*) Vgl. dessen System, § 180, S. 512.



Beschränkung der Verkehrsfreiheit für den Bevormundeten weit eher ein Hinderniß als eine Förderung seiner Wohlfahrt und für die Wohlfahrt und für die Vormundschaft selbst überaus lästig.“

Unzweifelhaft also haben wir es hier mit einer Anomalie zu thun: die minorene Ehefrau kann nach Prov. N. selbstständig Verträge schließen, Verpflichtungen eingehen, Prozesse führen, in Kurland und Reval Testamente errichten, und der minderjährige Ehemann soll das nicht können oder doch in Folge der auch nach der Heirath fortdauernden elterlichen Gewalt resp. Vormundschaft darin bedeutend eingeschränkt sein?!

Man könnte dagegen anführen, daß das Provinzialgesetzbuch hierin nur dem Vorgang jener ältern deutschen Partikularechte gefolgt ist, daß, wie gezeigt, vielfach denselben anomalistischen Standpunkt vertrat, die heterogene Behandlungsweise der Minderjährigkeit beim Ehemann und bei der Ehefrau also keine spezielle Eigenthümlichkeit gerade nur der baltischen Modifikation bildet. Das ist zwar ein Trost, — und zwar auch nur ein schwacher — aber keine eigentliche Rechtfertigung. Eine solche ist auch überhaupt nur bis zu einem unvollkommenen Grade möglich. Es verliert nämlich die gedachte Anomalie bedeutend an Schärfe, wenn man berücksichtigt, daß erstens Heirathen minderjähriger Personen männlichen Geschlechts unverhältnißmäßig selten vorkommen pflegen sowie zweitens, daß wenigstens die elterliche Gewalt auch über den minderjährigen Haussohn ohnehin erlischt, wenn er mit Genehmigung der Eltern einen gesonderten Hausstand begründet, und die Heirath des Minderjährigen ohne gleichzeitige Begründung eines selbstständigen Haushaltes seitens des jungen Ehemannes erst recht zu den verschwindenden Seltenheiten gehören dürfte \*). Allerdings aber bleibt in Gestalt des Art. 232 auch jetzt noch ein ungelöster Rest. Der minderjährige Sohn hört in rechtlicher Hinsicht nicht auf minderjährig zu sein, wenn er durch Gründung eines abgesonderten Haushaltes aus der elterlichen Gewalt austritt, und bedarf daher bis zu seiner Großjährigkeit eines Vormundes. Also die Vormundschaft hört nicht auf wie die elterliche Gewalt. In diesen Fällen kann es sich nur zu leicht ereignen, daß, wie auch Bluntschli l. c. für das gemeine deutsche Privatrecht treffend hervorhebt, die mit vormundtschaftlicher Gewalt über die vielleicht schon volljährige Ehefrau verbundene ehewogtheiliche Stellung des in casu concreto noch minderjährigen Ehemannes mit den Pflichten des ihm bestellten Vormundes in unliebsame Konflikte gerathen muß. Demgegenüber läßt sich außer der schon erwähnten Seltenheit

---

\*) Vgl. auch Stobbe, Handbuch, Bd. IV, § 273, S. 509.

einer Gheschließung seitens minderjähriger Personen männlichen Geschlechts nur noch die auch vom alten deutschen und dem von ihm abstammenden baltischen Rechte vielfach anerkannte Würde der Hausmutter und Hausfrau in die Wagtschale werfen, deren sie durch die Gheschließung theilhaftig wurde\*). Die Hausmutter steht dem inneren Hauswesen vor, sie leitet und hält letzteres in der nöthigen Ordnung. Man muß ihr daher — wie das ja auch unser Prov. R. thut — schon zur Führung der damit verbundenen Geschäfte freien Spielraum lassen und kann sie nicht, ohne in das Hauswesen und damit in die Ruhe und den Frieden des Hauses störend einzugreifen, in dieser Hinsicht der Kontrolle eines Altersvormundes unterwerfen, sie überhaupt als Minderjährige behandeln, auch wenn sie es de facto wirklich noch sein sollte. Sie ist ferner als Mutter auch Erzieherin der Kinder, und das Vertrauen, das die baltische Kodifikation gleich den ältern deutschen Statutarrechten\*\*) ihr in diesen Stücken entgegenbringt, findet seine deutliche Ausprägung in der Theilnahme der Mutter an der elterlichen Gewalt, in dem ihr vielfach zustehenden Recht, natürliche Vormünderin ihrer Kinder zu sein und die elterliche Gewalt in ihrer Hand allein zu konzentrieren, sowie endlich in der im Allgemeinen nur unbedeutend beschränkten Stellung, welche der Wittwee in der Verwaltung des Gesamtnachlasses zukommt, so z. B. in dem ungetheilten Sitzenbleiben mit den Kindern im Gesamtnachlaß (sog. fortgesetzte Gütergemeinschaft). — Mit einer solchen Beschaffenheit der hausmütterlichen Würde hat man es aber offenbar für unverträglich gehalten, die thatsächlich noch minorenne Ehefrau auch in rechtlicher Hinsicht als minderjährig zu behandeln und sie dementsprechend unter Vormundschaft zu stellen. — Ausreichend ist freilich auch diese Begründung noch nicht, selbst wenn man sie zu dem ersten Begründungsversuch hinzunimmt. Denn auch mit der Stellung des Ehevormundes — der doch Haupt der Familie und des Hauses ist — erscheint eine Behandlung desselben als eines Minderjährigen schlecht verträglich. Da nun aber die verschiedene Behandlungsweise der minderjährigen Ehefrau und des minderjährigen Ehemannes — wie gezeigt worden — im baltischen Privatrecht in der That begründet ist, so braucht man dem dagegen möglichen Einwand nur de lege ferenda Erheblichkeit beizumessen. De lege lata dagegen ist und bleibt er unerheblich.

\*) Vgl. auch namentlich Kunde, eheliches Güterrecht, § 41, S. 99. — Ich erinnere bei dieser Gelegenheit namentlich an die sog. „Schlüsselgewalt“ der Hausfrau im alten deutschen Recht, vgl. darüber besonders Engler: Lehrbuch des deutschen Privatrechts Bd. II, S. 1107—1112, woselbst sich auch interessantes Material zur Symbolik der Schlüsselgewalt findet. —

\*\*) Vgl. Kunde l. c. und § 134 S. 299.

Endlich ist auch noch auf die Frage besonderes Augenmerk zu richten, inwiefern die Ehefrau nach baltischem Privatrecht fähig ist, sich wechselmäßig entweder durch Ausstellung oder Girierung von Wechseln d. h. durch Indossamente zu verpflichten? Wenn diese Frage nur an der Hand des Th. III des Provinzialrechts zu entscheiden wäre, so wird auf Grundlage unserer vorhergehenden Ausführungen die vollständige Fähigkeit der Ehefrau, selbstständig und ohne Beihilfe resp. Erlaubniß ihres Ehemannes oder eines Dritten als Beirathes Wechsel auszustellen resp. von Andern ihr ausgestellte Wechsel durch Indossament weiter zu begeben, natürlich nicht dem geringsten Zweifel unterliegen können. Allein letzteres ist eben nicht möglich. Es handelt sich in diesem Falle um eine rein wechselrechtliche Frage, die nur an der Hand des speziellen russischen Wechselrechts d. h. der neuen russischen Wechselordnung vom 27. Mai 1902 entschieden werden kann. Letztere enthält aber gerade in Bezug auf diesen Punkt eine ausdrückliche Bestimmung. Art. 2 der W. O. setzt nämlich unter Anderem fest, daß Ehefrauen sich nur unter der doppelten Voraussetzung wechselmäßig verpflichten können, nämlich erstens, daß sie auf ihren Namen Handel treiben und zweitens, daß der Ehemann seiner Frau erlaubt hat, sich nach Wechselrecht zu verpflichten. Beide Voraussetzungen müssen also vorliegen. Deshalb ist der von einer Ehefrau ausgestellte Wechsel, zu dessen Ausstellung der Ehemann seine Erlaubniß erteilt hat, dennoch als Wechsel ungültig, wenn die Frau keinen Handel auf ihren Namen führt, und umgekehrt: auch wenn die den Wechsel ausstellende Ehefrau einen Handel in eigenem Namen führt, so ist derselbe als solcher dennoch ungültig, wenn die Erlaubniß des Ehemannes fehlt. Dementsprechend sind also auf solche Weise z. B. die Bestimmungen des liv- und esthländischen Stadtrechts über die Kauf- oder Handelsfrau, welche letztere alle auf das von ihr mit Erlaubniß des Mannes betriebene Handelsgewerbe bezüglichen Rechtsgeschäfte, insbesondere auch Schuldverpflichtungen jeglicher Art ganz allein, also auch ohne Einwilligung gleichwie denn gar Mitwirkung des Ehemannes rechtsgültig eingehen kann\*), durch den gedachten Art. 2 insoweit offenbar abgeändert. —

Die weitere Bestimmung des Art. 2 dagegen, nämlich daß unabgetheilte volljährige unverheirathete Töchter, wenn sie ein Handelsgewerbe auf ihren Namen führen, mit Erlaubniß ihrer Eltern wechselmäßige Verpflichtungen mit aller Gültigkeit eingehen können, läßt sich im Geltungsgebiet des baltischen Privatrechts

\*) Vgl. Artt. 92 u. 104 Th. III des Prov. R.

nicht anwenden, da dem Provinzialgesetzbuch eine von den bereits abgetheilten Kindern abweichende Behandlungsweise der noch nicht abgetheilten Kinder im Allgemeinen und jedenfalls auch in dieser speziellen Hinsicht unbekannt ist. Die volle Wechselfähigkeit der großjährigen Jungfrau im baltischen Recht ist also richtiger anzuerkennen. —

Die drei Bauerrechte weisen in der Behandlung der Frage nach der Geschäfts- resp. Dispositionsfähigkeit der Ehefrau keine Besonderheiten auf. Im Allgemeinen werden sich hier als Ergänzungszrecht die im Vorhergehenden dargelegten Bestimmungen des Th. III des Prov. R<sup>s</sup> anwenden lassen, und zwar auch, was die Geschäfts- oder Dispositionsfähigkeit der minderjährigen Ehefrau resp. Wittwee anbetrifft. Denn alle drei Bauerverordnungen enthalten den übereinstimmenden Grundsatz, daß in allen von denselben nicht geregelten Fällen das entsprechende allgemeine Provinzialrecht in Gestalt der diesbezüglichen Landrechte einzutreten habe\*) und denselben Satz wiederholt später die Modifikation des baltischen Rechts von J. 1864 \*\*). Darnach wird man auch dem bauerlichen Ehemann die ehevogtellige Mundialgewalt über seine Frau mit den daraus fließenden Verwaltungs- und Nutzungsbefugnissen am Vermögen der letzteren in allen drei Provinzen vindizieren müssen. Der bauerlichen Ehefrau aber wird man die allgemeine Handlungs- und Verfügungsfähigkeit gleichfalls zuerkennen müssen und auch die Prozeßstandschaft hat sie, wie unsere Ausführungen über die kriegerische Vormundschaft der Bauerrechte gezeigt haben. Sie genießt eben in ihren Handlungen denselben Grad der Selbstständigkeit wie nach allgemeinem Provinzialrecht und nur dort bedarf sie der Hinzuziehung eines Beirathes resp. Rathesfreundes oder der Mitwirkung ihres Ehemannes in der Eigenschaft eines Assistenten, wo solches auch nach allgemeinem Provinzialrecht erforderlich ist. Verträge schließen, Schulden kontrahieren, Testamente \*\*\*) errichten kann sie daher in demselben Maße und auf derselben Grundlage, wie die nichtbauerliche Ehefrau. In allen den erwähnten Fällen, besonders aber in Bezug auf das Maß der ihr an ihrem Vermögen

\*) Vgl. Kurl. B. B. § 62, Eibl. B. B., § 938, Esthl. B. B. Art. 1046.

\*\*) Vgl. Art. XII der Einl. zu Th. III des Prov. R<sup>s</sup>.

\*\*\*) Die einschränkende Vorschrift des § 127 der Kurl. Bauerverordnung: „Weiber, die Kinder von ihren Männern haben, können bei Lebzeiten dieser ihrer Männer nur insofern ein Testament machen, daß sie über ihr Geschmeide, ihre Kleidungsstücke und ihr Eingebrautes nach ihrem Gefallen zum Besten ihrer Kinder disponieren mögen, wobei jedoch dem Manne ein Kindesheil bleiben muß,“ gehört offenbar nicht hierher, da sie nicht die (aktive) Testierfähigkeit der Ehefrauen im Allgemeinen betrifft, sondern eine bloß materielle rechtliche Einengung ihrer

zustehenden Verfügungs- und sonstigen Befugnisse ist nur die eine Grenze gezogen, nämlich die dem Ehemann kraft seiner ehewormundschaftlichen Stellung unzweifelhaft auch nach allen drei Bauerrechten gebührende ehemännliche *N u t z n i e ß u n g* und *B e r w a l t u n g* des eingebrachten Frauengutes \*). Diese muß von der Handlung oder Verfügung der Ehefrau stets untangiert bleiben, mag sie im Uebrigen berechtigt oder unberechtigt sein. Die obligatorische Mitwirkung des Ehemannes bei Veräußerungen immobilaren Sondergutes seitens der Frau gilt hier ebenso wie nach Prov. N. — Unter allen drei Bauerverordnungen hat sich übrigens nur die esthländische B. B. Art. 1058 über die Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit der Ehefrau ausgesprochen. Der gedachte Artikel besagt, daß der Mann als Vormund der Frau ihr gesamtes Vermögen verwalte und daß in Folge dessen die Frau ohne Wissen und Willen des Mannes keinerlei Schuldverbindlichkeiten kontrahieren und nichts verkaufen dürfe. Aber es liegt wohl auf der Hand, daß damit nicht etwa der allgemeinen Unfähigkeit der Ehefrau zur Vornahme von Rechtsgeschäften oder Vermögensdispositionen das Wort geredet werden soll, sondern es zielt das Gesetz damit wohl auf nichts mehr ab als auf den schon für das allgemeine Provinzialrecht hervorgehobenen Satz, nämlich, daß alle von der Ehefrau allein ohne den Mann eingegangenen Schuldverpflichtungen und Veräußerungen unwirksam sind, soweit dadurch die ehewormundschaftlichen Befugnisse des Ehemannes an ihrem Vermögen in Mitleidenchaft gezogen werden. Besondere Bestimmungen über die Rathsfreundschaft der Ehefrauen resp. über ihre Geschäfts- und Dispositionsfähigkeit sind in keiner der drei Bauerverordnungen vorhanden.

### C. Die Wittwee.

Auch für die Person der Wittwee entsteht die Frage, ob sich aus den Provinzialgesetzen eine Beschränkung ihrer Handlungs- resp. Dispositionsfähigkeit durch eine etwa geforderte Hinzuziehung

---

legtwilligen Dispositionsbefugniß involviert und wohl als zwingende Rechtsnorm aufzufassen ist d. h. mit andern Worten: auch wenn die testierende Ehefrau einen Dritten als Rathsfreund hinzuzieht, so bleibt das Testament, in welchem sie nur ihren Mann oder einen Fremden mit Uebergehung der Kinder einsetzt, ungültig, und dieselbe Folge tritt ein, wenn ihr Mann als ehelicher Assistent das von ihr lediglich zum Besten eines Dritten errichtete Testament mitunterzeichnet. Wir hätten also hier das Beispiel einer wahren *lex perfecta*. Vgl. übrigens über den zitierten § 127 Neumann, Kurl. Erbrecht, § 53, S. 164 und Bunge, Kurl. Priv. N. § 267, Seite 536. —

\*) Das gilt sowohl für den Fall der in der Zivl. B. B. § 945 und der Estl. B. B. Art. 1057 anerkannten Gütergemeinschaft der Ehegatten, als auch für die Kurl. B. B. § 70, der die Gütergemeinschaft des bauerlichen Ehegatten als gesetzlichen Güterstand ausdrückt verwirft.

des sogenannten „Rathsfreundes“ ableiten läßt? Dieselbe ist für die Wittwee in noch viel höherem Grade zu verneinen als für die Ehefrau. Denn diese stand noch unter dem Mundialgewalt des Ehemannes, während jene davon befreit und nahezu selbstständig ist wie der Mann und die Jungfrau. Nirgends sagt daher auch das Gesetz, daß es einer Wittwee an der freien Dispositionsbefugniß mangle oder daß die Gültigkeit ihrer Rechtsgeschäfte oder Prozeßhandlungen von der Mitwirkung eines Rathsfreundes abhängig sei. So fällt z. B. für die Wittwee, einerlei ob minderjährig oder volljährig, ob beerbt oder unbeerbt — und ebenso wohl auch für die abgeschiedene Ehefrau — die Verpflichtung, bei Veräußerung ihres immobilaren Sondergutes den „Rath“ ihres Ehemannes einzuholen d. h. ihn zum Abschluß des Rechtsgeschäfts hinzuzuziehen (Art. 29 zit.), offenbar fort und man darf nicht etwa annehmen, daß an Stelle des in Wegfall gelangten Ehemannes nunmehr ein Dritter in der Eigenschaft als Rathsfreund diesfalls der Wittwee resp. geschiedenen Ehefrau oder gar etwa die Kinder letzterer obligatorisch zur Seite zu stehen hätten, so kann sie ferner an und für sich gültig testieren zc. \*) —

Zum Ausgangspunkt der folgenden Betrachtung nehmen wir uns nun eine in der Zwingmann'schen Sammlung abgedruckte Stelle aus den Motiven eines Urtheils der I. Section des Rigaschen Land vogteigerichts vom 22. März 1873, Nr. 68, woselbst es in zutreffender Weise heißt:

„Das Gesetz besagt nirgends, daß eine Wittwee der Dispositionsbefugniß ermangelt und zum rechtsgültigen Abschlusse von Rechtsgeschäften der Mitwirkung eines Rathsfreundes bedarf, vielmehr ist die Wahl und die Zuziehung eines solchen, gleichwie bei einem volljährigen ledigen Frauenzimmer, durchaus in ihr Ermessen gestellt, und die von ihr selbstständig vorgenommenen Rechtshandlungen sind für sie nicht minder rechtsverbindlich, als diejenigen, bei welchen ihr der Rathsfreund Assistenz geleistet hat. Ein Anderes ist es, wenn ein von einer Wittwee in ihrer Eigenschaft als Vormünderin ihrer Kinder abgeschlossenes Rechtsgeschäft in Frage steht, indem solchenfalls die Zuziehung der Rathsfreunde allerdings zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlich sein kann. (Art. 286 u. 439, 440 u. 448 des Prov. Rechts, Th. 3.) Dieser Fall liegt aber nicht vor.“

\*) Vgl. das Urtheil bei Zwingmann Bd. VI, S. 96.

\*) Vgl. Bd. III, S. 34, N. 298.

Die hier angeedeuteten allgemeinen Grundsätze bedürfen indeß — so richtig sie auch im Ganzen sein mögen — doch noch einer näheren Begründung und Ausführung. Anknüpfen läßt sich dieselbe an die im Provinzialgesetzbuch grundlegende Unterscheidung zwischen der unbeerbten d. h. kinderlosen und der beerbten d. h. mit Kindern hinterbleiben den Wittwee\*). — Was zunächst erstere an betrifft, so ist auf ihre völlige Handlungsfähigkeit resp. Dispositionsbefugniß kurz vorher hingewiesen worden. Sie kann über ihr eigenes Vermögen d. h. das Sondergut nach Gefallen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden sowie auf den Todesfall\*\*) verfügen, sie kann Prozesse führen, auch soweit solche die Gesamtmasse, also auch den speziellen Nachlaß des Ehemannes betreffen, sie kann alle möglichen, nicht das Vermögen tangierende Verträge so z. B. Dienstverträge schließen und Schuldverpflichtungen eingehen, ohne daß die Gültigkeit aller solcher Handlungen von der Mitwirkung eines Rathes abhängt. Denn durch den Tod des Mannes erlischt das Mundium und damit fällt die letzte, an sich schon unwesentliche Schranke der ehelichen Handlungsfähigkeit. Und so ist auch in den Gesetzen nirgends ausgesprochen, daß die unbeerbte Wittwee bei Vornahme irgend welcher Rechtshandlungen einen Rathsfreund hinzuziehen resp. sich von ihm vorher berathen lassen muß. Denkbar wäre Letzteres allerdings, wenn man sich an das auch vom Provinzialgesetzbuch rezipierte sogenannte „Sichensbleiben“ der Wittween im Nachlasse des Ehemannes erinnert. Darnach steht ihr die Detention des Gesamtnachlasses innerhalb einer bestimmten Frist zu, die nach liv- und esthländischem Landrecht Jahr und Tag (sog. Nachjahr)\*\*\*), nach kurländischem Recht ein Jahr†), nach rigaschem und revalschem Stadtrecht gleichfalls Jahr und Tag††) beträgt, und deren Einführung ihren Grund weniger in der Rücksicht auf Anstand und Trauer um den Verstorbenen, als vielmehr in der billigen Rücksichtnahme auf die Wittwee hatte, die man nicht einer so plötzlichen Vermögensveränderung aussetzen

\*) Nach esthländischem Landrecht ist der Begriff der Beerbtheit oder Unbeerbtheit davon abhängig, ob die Ehefrau zu Lebzeiten des Mannes demselben ein Kind geboren hat, wenn es auch vor dem Tode desselben schon verstorben sein sollte.

\*\*) Für das livländische Stadtrecht wird die Fähigkeit der unbeerbten Wittwee zur selbstständigen Testamentserrichtung anerkannt in dem Erkenntniß des Rigaschen Rathes vom 18. November 1881 sub Nr. 7543 (bei Zwingmann, Bd. VI, 1010, S. 96). Sie muß aber auch für die andern Statutarrechte die der Ehefrau in dieser Hinsicht einen Assistenten betordnen, behauptet werden d. h. für das esthländische Recht (V) außer Reval und das livländische Landrecht.

\*\*\*) Vgl. Artt. 1742 und 1769.

†) Vgl. Art. 1783.

††) Vgl. arg. Art. 1821 in fin., dazu Erdmann, Güterrecht, § 14, S. 188, A. 145.

wollte \*). Da nun die unbeerbte Wittwe in Bezug auf den Gesamtnachlaß des Ehemannes darin die Stellung eines Verwalters fremden Vermögens einnimmt, daß sie im Laufe der oben genannten Frist verpflichtet ist, die Substanz ungeschmälert zu erhalten, die Nachlaßschulden zu verzinsen, die auf den etwaigen Gütern lastenden öffentlichen Abgaben zu entrichten sowie überhaupt die zu Erhaltung des Nachlasses nothwendigen Auslagen zu bestreiten \*\*) — wiewohl ihre Rechte die einer Nutznießerin sind — so liegt es nahe, ihr für diese Zeit \*\*\*) soweit auch Rathsfreunde beizubringen, die bei allen von ihr abzuschließenden Rechtsgeschäften oder zu treffenden Verfügungen, wenigstens soweit solche sich auf das ehemännliche Vermögen beziehen, obligatorisch mitzuwirken und namentlich darauf zu sehen hätten, daß die Wittwe den etwaig vorhandenen erbberechtigten Blutsverwandten des Ehemannes durch schädigende Einwirkungen auf die Substanz dieses Vermögens den künftigen Anfall desselben resp. der ihnen davon zukommenden Quote nicht am Ende vereitere oder ihnen sonst einen Nachtheil zufüge. Trotzdem aber läßt die Kodifikation nichts dem Aehnlichen merken und schreibt für diese Eventualitäten der Wittwe nirgends die obligatorische Hinzuziehung eines Rathsfreundes vor. Es gilt eben hier in uneingeschränktem Maße der Satz, daß die Wittwe gerichtliche und außergerichtliche Vertreterin resp. Verwalterin des Gesamtnachlasses und darin sowie in ihrer Geschäftsfähigkeit in toto dem Wittwer gleichgestellt ist. Allein damit ist natürlich nicht gesagt, daß sie über diesen Nachlaß, so namentlich über die dazu gehörigen Immobilien nach Gefallen disponieren, also z. B. Veräußerungen oder Verpfändungen vornehmen und dadurch den andern Erben Schaden zufügen darf. Derartige Dispositionen werden vielmehr, soweit sie die ehemännliche Nachlaßmasse belasten, ohnehin wirkungslos sein und jedenfalls die erbberechtigten Blutsverwandten des Ehemannes zur Anfechtung oder Ergreifung der nöthigen Sicherheitsmaßregeln zur Erhaltung und Aufbewahrung des Nachlasses berechtigen †). Umso eher konnte daher das Provinzialgesetzbuch von der obligatorischen Beirathenschaft in diesen Fällen absehen. Es würde daher der kinderlosen Wittwe nichts

---

\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, S. 187.

\*\*) Vgl. Artt. 1743 und 1783 ff., Erdmann, Güterrecht, S. 188.

\*\*\*) Oder überhaupt für die Zeit, während welcher die Wittwe sich noch nicht mit den Verwandten des Mannes abgetheilt hat, sondern im Gesamtnachlaß sitzen bleibt, womit sich die Verwandten auch nach Ablauf der gesetzlichen Frist bedingungslos einverstanden erklären können.

†) Vgl. arg. Art. 1768. Wenn aber die andern d. h. blutsverwandten Erben des Mannes in die beabsichtigte Veräußerung des Immobilien einwilligen resp. an derselben theilnehmen, so ist eine solche ebenso gültig wie Verpfändungen oder sonstige Belastungen.



helfen, wenn sie zu einem ihr vom Gesetz verbotenen Verfügungsgeschäft einen Rathsfreund hinzuzöge. Die betreffende Verfügung bleibt trotzdem ebenso wirkungsvoll oder wirkungslos, wie sie es ohne Mitwirkung des Rathsfreundes gewesen wäre, und auch auf die Frage von der Haftung der Gesamtnachlassmasse für die von der Wittwee nach dem Tode des Mannes gemachten Schulden inkl. Deliktsschulden \*) hat die Zuziehung eines Rathsfreundes nicht den mindesten Einfluß. Hingesehen aber auf die schon früher behandelte Frage von der Prozeßfähigkeit der Wittwee ist — in Ergänzung der frühern Ausführungen — darauf hinzuweisen, daß sich dieselbe außer auf dem dort angegebenen Wege noch aus einer positiven Gesetzesstelle erweisen läßt. Art. 1769 — der sich zwar dem Buchstaben nach nur auf das esthländische Landrecht bezieht, allein in der gleich zu besprechenden Hinsicht zweifellos eine Ausdehnung auch auf die übrigen Statutarrechte zuläßt — spricht nämlich in seinem Schlußsatz von den auf den Nachlaß des Ehemannes bezüglichen Prozessen, zu deren Führung wie zur Bezahlung seiner Schulden die Wittwee vor Ablauf der gesetzlichen Detentionsfrist von Niemandem gezwungen werden könne. Mittelst des argumenti a contrario muß man aber zur Schlußfolgerung gelangen, daß nach Ablauf der Detentionsfrist die Wittwee sowohl zur Schuldzahlung wie auch zur Führung der den Nachlaß betreffenden Prozesse verpflichtet ist und dementsprechend die diesbezüglichen Interessenten berechtigt sind, solches von ihr zu fordern. Wenn sie aber in diesem letztern Fall zur Prozeßführung verpflichtet ist, so muß sie dazu auch ein Recht — und das auch noch innerhalb der Detentionsfrist — haben, denn wozu ich verpflichtet bin, dazu bin ich auch berechtigt. Wenn nun die Wittwee diese Fähigkeit für ihre Person nicht oder nicht vollständig haben sollte, sondern noch der obligatorischen Hinzuziehung resp. Mitwirkung eines Rathsfreundes bedürfte, so hätte eine solche Beschränkung doch gerade an einer von der Prozeßführung handelnden Stelle oder doch sonstwo hervorgehoben und etwa gesagt werden müssen, daß die Wittwee im Verein mit dem von ihr gewählten Rathsfreunde zur Führung der die Gesamtmasse betreffenden Prozesse in dem einen Falle verpflichtet sei, in dem andern Falle dagegen nicht. Letzteres ist indeß nicht geschehen, es ist immer nur von der Wittwee allein die Rede. — Hat aber die Theilung des Nachlasses zwischen Wittwee und Blutsverwandten stattgefunden, so liegt offenbar noch weniger Veranlassung vor, der Wittwee einen

\*) Inwiefern die von der Wittwee nach Auflösung der Ehe gemachten Schulden die Gesamtmasse ergreifen, also Gesamtschulden sind, wird nach Analogie des Art. 56, P. B. 1, 3 und 4 und Artt. 90 und 92 zu beurtheilen sein, vgl. dazu Gürgens I. c. § 30, S. 101 f.

Rathsfreund zur Seite zu setzen, weil doch von dem Moment der rechtsgültig erfolgten Theilung ab eine Detention fremden Vermögens ihrerseits gar nicht mehr stattfindet. —

Während nun so die unbeerbte, kinderlose Wittwee in ihrer Handlungs- resp. Geschäftsfähigkeit sowie in ihrer Dispositions- befugniß sich durch ebensolche unbeschränkte Selbstständigkeit auszeichnet wie der unbeerbte Wittwer, also eines Rathsfreundes ebensowenig wie dieser bedarf, liegen die Verhältnisse sofort anders, sobald es sich um eine beerbte, also mit Kindern hinterbleibende Wittwee handelt. Zwar nicht, soweit Rechtsgeschäfte in Frage kommen, die sich nicht auf die Verwaltung des Vermögens beziehen, keine Verfügung über letzteres involvieren und überhaupt in keiner direkten Beziehung zum Vermögen stehen, also z. B. Abschluß von Dienst- oder Verdingungsverträgen, die von der Wittwee — auch bei Minderjährigkeit ihrer Kinder — zweifellos ganz selbstständig und ohne Rathsfreunde oder gar Mitvormünder kontrahiert werden können. Wohl aber, soweit sich das betreffende Rechtsgeschäft als wirkliche Vermögensdisposition darstellt. Hervorgerufen wird jene vom vorigen Fall verschiedene Behandlungsweise der mit Kindern hinterbleibenden Wittwee durch die Rücksichtnahme auf das Vorhandensein eben dieser Kinder und die sich daran schließende, aus dem alten deutschen Recht stammende Idee der Fortsetzung des ehelichen Güterverhältnisses (*communio bonorum prorogata*), die in den Ostseeprovinzen schon früh Eingang gefunden hatte und aus den alten angefastamten Rechten mit in das Provinzialgesetzbuch hinüber genommen worden ward, während sie in Deutschland gemeines deutsches Recht war\*). Natürlich ist der Terminus „Fortsetzung des ehelichen Güterverhältnisses“ nicht genau, denn nach dem Tode des Ehemannes existiert ja eben die Ehe nicht mehr und in gleicher Weise ist auch das durch letztere geschaffene ehemännliche Mundium über die Ehefrau nunmehr erloschen\*\*).

---

\*) Ihren Ausdruck fand die *communio bonorum prorogata* nach gemeinem deutschen Privatrecht und zum Theil auch nach baltischem Recht in einem mehr oder weniger ausgedehnten Nutznießungs- und Verwaltungsrecht der Wittwee am Mannesvermögen, vgl. Stillebrand, l. c. S. 693, Phillips, l. c., § 144, S. 204 ff., Maurenbrecher l. c. § 551, S. 244 ff., u. Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II, § 189, S. 1123 ff.

\*\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, § 14, S. 169. — Die in mancher Hinsicht freiere Stellung der Wittwee gegenüber der der Ehefrau erklärt sich größtentheils aus dem Wegfall der Mundialgewalt des Ehemannes über die Ehefrau, der die letzterer gesetzten Schranken beseitigte. — Manche Germanisten, wie z. B. Kunde, Güterrecht, S. 77 wollen die fortgesetzte Gütergemeinschaft für die Person der Wittwee aus dem ihr zustehenden Recht zum Besitz d. h. dem Recht derselben zum alleinigen Nieß-

Es erscheint daher richtiger, an Stelle dessen den Ausdruck: „Fortsetzung des Familienverhältnisses“ zu substituieren, wie das auch schon Erdmann\*) seiner Zeit vorgeschlagen hatte. In dem Ausdruck: „Fortsetzung des Familienverhältnisses“ liegt eben gerade eine stillschweigende, dafür aber nichts destoweniger deutliche Bezugnahme auf die aus der Ehe entsprossenen Kinder enthalten und der Begriff der Familie wird ja durch den Tod des Ehemannes keineswegs aufgehoben. Inwieweit es dabei rechtserheblich ist, ob man sich die Kinder an Stelle des verstorbenen Parens getreten denkt\*\*) oder ob man den überlebenden Ehegatten in die rechtliche Stellung des verstorbenen Gatten einrücken, somit also die Rechte beider Gatten nunmehr in der Hand des Überlebenden vereinigt werden läßt\*\*\*), wird gelegentlich zur Sprache gebracht werden.

brauch und zur Verwaltung des Sammtgutes erklären. Allein für die Fälle, wo die Mutter zwar die Verwaltung aus irgend welchen Gründen nicht hat, wohl aber in Gütergemeinschaft mit den Kindern „zu Gedeth und Verderb“ lebt, dürfte die Erklärung nicht ausreichen. Vgl. auch überh. üb. d. Weitz Pauli, Abhandlungen, B. II, § 28, S. 140 f.

\*) Vgl. dessen Güterrecht, S. 215. — Mittermayer, Grundsätze, B. II, § 354, S. 757 spricht hier von einer Fortsetzung der vormundschastlichen Verwaltung durch den überlebenden Ehegatten. —

\*\*) Vgl. über die fortgesetzte Gütergemeinschaft des livl. Stadtrechts Gürgens l. c. S. 32 f. und die folgende Note dieser Abhandlung. — Man kann in diesem Fall die Kinder als eine einzige Person gegenüber der des parens superstes auffassen, wie das auch bei Roth, System, B. II, § 111, S. 103 geschieht. —

\*\*\*) Erdmann, Güterrecht l. c. hat sich gegen die erstere Annahme ausgesprochen, und ebenso das Landvogteigerichtliche Urtheil vom 9. Januar 1871, sub Nr. 8 (Zwingmann-Vd. I, Nr. 57, S. 121), was meiner Ansicht nach unrichtig ist. Für die fortgesetzte Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts ist jedenfalls die von Erdmann als irrig bekämpfte Auffassung gesetzlich sanktioniert worden, wie aus Art. 1322 hervorgeht, und der analogen Ausdehnung dieses Prinzips auf die andern Güterrechtssysteme steht kein erheblicher Grund entgegen. — Die richtige Ansicht vertritt übrigens Erdmann in seinem System, B. III, S. 68, vgl. auch Bunge, liv- und esthl. Priv. R. Vd. II, § 284, S. 112. — Allein nur insoweit treten die Kinder an die Stelle des verstorbenen Parens, als es sich um das ihnen an der Gesamtmasse gebührende Erbrecht oder um die Zustimmung zu besonders wichtigen Vermögensdispositionen des parens superstes handelt, vgl. auch Maurenbrecher, l. c. B. II, § 551, S. 246. — Was dagegen die Verwaltung und den Nießbrauch anbelangt, so nimmt die überlebende Mutter im Allgemeinen stets diejenige Stellung ein, die früher der Mann innehatte, und in dieser Hinsicht tritt sie allerdings an Stelle des Ehemannes, vgl. auch Hillebrand, l. c. S. 694, Gerber, System, § 236, S. 658 f., Maurenbrecher, l. c. S. 247. — Die Kinder haben also, auch wenn sie volljährig sind, niemals das Recht der Verwaltung oder auch nur Antheil daran. Diese wie überhaupt jede Vertretung der Gesamtmasse gebühren vielmehr der Wittwe in demselben Maße wie früher dem verstorbenen Manne (vgl. namentlich für das ältere deutsche Recht Bluntschli, deutsch. Priv.

Wenn nun der beerbten Wittwee in mehrfacher Hinsicht Beiräthe zugeordnet werden, so hat das, wie gesagt, einmal seinen Grund in der Rücksicht auf das Vorhandensein der Kinder. In zweiter Linie kommt aber auch noch die Berücksichtigung der Geschäftsunfähigkeit der Wittwee in Betracht. Denn letztere kann nach Provinzialrecht Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder sein wiewohl sie dazu nicht verpflichtet ist\*). Die Führung einer Vormundschaft aber sowie die damit verbundene Verwaltung fremden Vermögens, die Regelung der Erziehungsverhältnisse zc. erfordern einen Grad von Geschäftserfahrung, wie er Frauen für gewöhnlich nicht zu eigen sein pflegt.\*\*\*) —

Ueberblickt man nun diejenigen Artikel des Provinzialgesetzbuches, in denen der mit Kindern nachbleibenden Wittwee Rathsfreunde zur Seite gesetzt werden, so lassen sie sich nach zwei Gesichtspunkten gruppieren. Die rechtliche Stellung der Rathsfreunde, wie sie sich in den einschlägigen Artikeln des Provinzialgesetzbuches charakterisiert, ist nämlich entweder die eines wahren Rathgebers der Wittwee oder die eines Mitvormundes der letzteren. Bevor wir nun auf den hieraus sich ergebende grundlegenden Unterschied, der sich vor Allem darin zeigt, daß die Hinzuziehung desselben im ersten Fall der Wittwee nur anheimgestellt, in zweiten dagegen für sie zur Wirksamkeit der Rechtshandlung obligatorisch ist, näher eingehen, handelt es sich darum, festzustellen, welches die Artikel sind, die von der Rathsfreundschaft der mit Kindern hinterbleibenden Wittwee handeln, wobei zunächst

---

R., § 167, S. 473) und so nimmt die überlebende Wittwee überhaupt eine vielfach freiere Stellung ein als sie sie bei Lebzeiten des Ehemannes hatte, vgl. überhaupt Gerber, System, § 236, S. 658 f., Note 3 und Stobbe, Handbuch, B. IV, § 241, Seite 238. — Anderer Ansicht ist Roth, System, B. II, § 111, S. 104, der annimmt, es entstehe mit dem Tode des verstorbenen Ehegatten von selbst eine neue Rechtsgemeinschaft zwischen dem überlebenden Elternteil und den nachgebliebenen Kindern. Dieselbe Anschauung findet sich übrigens auch schon bei ältern Germanisten, so z. B. Mittermaier, Grundsätze, B. II, § 354, 6, S. 757 f. — Im gewissen Sinne das Richtige trifft übrigens Gengler l. c. S. 1123, wenn er die *communio bonorum prorogata* als über den Bestand der Ehe hinaus künstlich verlängerte Gütergemeinschaft charakterisiert, bei welcher die Kinder die vermögensrechtliche Persönlichkeit des verstorbenen Elternteils, jedoch ohne dessen sonstige hausrechtliche Stellung auf sich nehmen und fortsetzen.

\*) Auch nach den frühern deutschen Partikular- resp. Statutarrechten konnte sie es, vgl. Runde, Güterrecht, § 112, S. 251, Pauli, Abhandlungen, B. II, S. 144 ff. —

\*\*) Bei der unbeerbten Wittwee, die sich gleich nach dem Tode des Mannes mit seinen Verwandten abtheilen kann oder nach Ablauf der gesetzlichen Detentionsfrist auf Verlangen der letztern solches thun muß, fällt dieser Grund insofern fort, als sie keine Vormundschaftsverwaltung hat, sondern nur den Gesamtnachlaß — und zwar diesen auch bloß auf kurze Zeit — verwaltet. Wir kommen indeß auf den obigen Punkt noch einmal zurück.

noch eine allgemeine Bemerkung vorausgeschickt werden soll. Für die Statutarrechte aller drei Ostseeprovinzen gilt nämlich — mit alleiniger Ausnahme der Stadtrechte — der Satz, daß wenn der Ehemann gestorben ist, ohne hinsichtlich der Vormundschaft über seine minderjährigen Kinder eine testamentarische Anordnung getroffen zu haben, die Mutter zur Vormundschaft über ihre Kinder berufen ist und dieselbe, wenn sie will, ohne gerichtlicher Bestätigung zu bedürfen, übernehmen kann\*). Da indeß nur Minderjährige unter Vormundschaft stehen, so können unter den Kindern, von denen in Art. 290 zit. die Rede ist, wohl nur minderjährige Kinder verstanden sein. Damit aber stößt man auf einen weiteren Unterschied, der vorzugsweise in allen den Fällen bedeutsam wird, wo der Rathsfreundschaft vom Gesetz nicht der Charakter einer bloß fakultativen Rathgeberschaft, sondern der einer wahren Mitvormundschaft mit allen daraus resultierenden Folgen vindiziert wird, wo also die Wittwe zur Hinzuziehung der Rechtsfreunde gleichsam verpflichtet ist, nämlich auf den Unterschied, ob die Kinder, von denen Art. 280 zit. und die andern von der obligatorischen Rathsfreundschaft handelnden Artikel sprechen, minderjährig oder volljährig sind\*\*). Was nun die einzelnen Artikel der Kodifikation anbetrifft, in denen von Rathsfreunden oder Beiräthen die Rede ist, die der beerbten Wittwe beigeordnet werden, so kommen hier die Artt. 281, 283 und 1805 in Betracht. Von diesen bezieht sich der erste auf das kurländische Recht sowie auf das liv- und esthländische Landrecht und wieder speziell die erste Hälfte desselben auf das kurländische Recht und das esthländische Landrecht, die zweite dagegen auf das livländische Landrecht. Der scheinbare Doppelcharakter der Rathsfreundschaft tritt aber in diesem Artikel gerade mit besonderer Deutlichkeit hervor. Es sagt nämlich die erwähnte erste Hälfte des zitierten Artikels:

„Nach dem Esthländischen Landrecht und nach Kurländischem Recht ist die Wittwe, wenn sie dazu tüchtig und so lange sie nicht wieder heirathet, alleinige Vormünderin ihrer Kinder, unter Mitwirkung eines Beirathes, der auf ihre Bitte, von der competenten Waisenbehörde ihr zugeordnet wird . . .“

De facto ist aber der Charakter der Rathsfreundschaft als einer für die Mutter nicht obligatorischen, sondern bloß fakultativen d. h. ihrem Ermessen anheimgestellten Rathgeberschaft in dieser Gesetzesstelle klar ausgesprochen. Die Wittwe ist also nicht verpflichtet, den Beirath zur Vornahme irgend welcher Rechtshandlungen resp. verfügungs-

\*) Vgl. Art. 280.

\*\*) Auf diesen Unterschied weist auch schon Mittermaier, Grundsätze B. II, § 354, b. S. 758 hin.

geschäfte hinzuzuziehen, sie ist dazu nur berechtigt, und unterläßt sie es, den gewählten Beirath in casu concreto hinzuzuziehen, so hat das auf die Gültigkeit der von ihr vorgenommenen rechtsgeschäftlichen Handlung absolut keinen Einfluß, macht letztere also nicht unwirksamer, als wie sie es im Falle der erfolgten Hinzuziehung wäre\*). Ja, nicht einmal zur Wahl des Rathsfreundes verpflichtet sie Art. 281, auch wenn die Kinder noch minderjährig sind, denn derselbe wird ihr eben nur auf ihre diesbezügliche Bitte von der kompetenten Waisenbehörde zugeordnet. Zu einer Bitte ist man aber nicht verpflichtet, es muß vielmehr dem Ermessen eines Jeden anheimgestellt bleiben ob er eine Bitte aussprechen will oder nicht. Folglich braucht auch die beerbte Wittwe trotz Vorhandenseins minderjähriger Kinder sich nicht einen Beirath bestellen zu lassen. Es ist also die mit minderjährigen Kindern hinterbleibende Wittwe weder zur Wahl eines Rathsfreundes noch dazu verpflichtet, den in casu auf ihre Bitte erwählten Rathsfreund beim Abschluß des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts als mitthätig hinzuzuziehen. Der Beirath des esthländischen Landrechts und des furländischen Rechts ist mithin bloßer Rathgeber und die Unterlassung seiner Befragung seitens der Wittwe hat keine andere Folge wie in jedem sonstigen Falle, wo Jemand, dem ein Rathgeber zu Gebote steht, es unterläßt, sich an letztern zu wenden und sich von ihm einen Rath zu holen. Man darf daher dem Rathsfreund in diesem Fall keineswegs den Charakter eines Mitvormunders vindizieren. Das würde sich auch in Hinsicht auf den Schlußsatz des ersten Abschnittes des Art. 291, der sich sehr bestimmt der Zulässigkeit einer solchen Annahme zu widersetzen scheint, verbieten. Denn der gedachte Schlußsatz denominiert die Mutter ausdrücklich als alleinige Vormünderin ihrer Kinder\*\*). Wenn sie aber alleinige Vormünderin d. h. die Vormundschaft in ihren Händen allein konzentriert, so will und kann das logischerweise doch nichts anders besagen, als daß außer resp. neben ihr keine anderen Vormünder oder Mitvormünder ihrer Kinder sein sollen. Folglich kann auch der im selben Athemzuge genannte

\*) Vgl. das auf vorhin zittirter Urtheil des rigaschen Landvogteigerichts (bei Zwirgmann, B. III, S. 34).

\*\*) So auch schon Bunge, liv- und esthl. Priv. R. B. II, § 314, S. 192 und furl. Priv. R., § 217, S. 425, der sich außerdem noch auf die zu seiner Zeit herrschende Praxis beruft. Gegen ihn Theodor Seraphim in seinem Aufsatz: „Die angebliche Alleinvormundschaft der Wittwe nach furländischen Rechten“ in Jahrg. 1864 der „Balt. Monatschrift“ Bd. X, S. 495—499, der sich unter Berufung auf eine gegentheilige Praxis, besonders aber auf die Piltenschen Statuten III, 1, 18 und auf § 81 der Kurl. B. B. für die bloße Mitvormundschaft der Wittwe ausspricht.

Beirath unmöglich die rechtliche Stellung eines Mitvormundes, sondern nur die eines Rathgebers haben, dessen Hinzuziehung und Mitwirkung nicht obligatorisch, sondern bloß fakultativ ist\*). Dem Gesetzgeber eine andere Auffassung des Begriffes „Beirath“ in Art. 281 zu suppeditionieren, nämlich die eines Rathsfreundes mit vormundtschaftlichen Rechten und Pflichten, hieße einfach, ihm einen Widerspruch gegen sich selbst in den Mund legen, eine Annahme, die mangels jeglichen Beweises absolut unzulässig wäre. Wäre der Beirath mehr als ein solcher d. h. wäre er wirklich Mitvormund der Mutter, so könnte die Wahl desselben seitens der Waisenbehörde nicht erst auf Bitte der Mutter, sondern müßte ex officio auch ohne Antrag erfolgen. Da letzteres aber, wie wir gesehen haben, nicht der Fall ist, der Wittwee also nicht etwa schon laut Gesetz, sondern nur auf ihre Bitte, die erst abzuwarten ist, ein Beirath zugeordnet wird, so kann offenbar umso weniger davon die Rede sein, dem Beirath des Art. 281, Abs. 1 die Stellung eines Mitvormundes zu vindizieren und seine Mitwirkung zur *conditio sine qua non* zu machen. Beides, nämlich der Umstand, daß die Wittwee alleinige Vormünderin genannt wird, sowie der andere, daß die Beordnung des Rathsfreundes seitens der Waisenbehörde nur auf Bitte der überlebenden Mutter zu erfolgen hat, hängt also aufs engste miteinander zusammen und wirkt auf den wahren rechtlichen Charakter der Rathsfreundschaft des kurländischen Rechts und des esthländischen Landrechts erst das rechte Licht. Der Beirath ist hier nichts mehr als der auch von der Jungfrau nach Belieben erwählte resp. ihr bestellte Rathsfreund oder Geschlechtskurator d. h. ein bloßer Rathgeber, dem als solchem auch nicht einmal das Recht der Kontrolle der mütterlichen Handlungen zustehen dürfte. Nur wenn die Wittwee es ablehnt, die Vormundschaft über die minderjährigen Kindern zu führen, muß sie es sich auch gefallen lassen, daß ihr wirkliche Vormünder zur Seite gesetzt werden\*\*). — Auch für den Fall, daß die Wittwee zu einer neuen Ehe schreitet, erfährt die Sachlage wenigstens für das esthländische Landrecht fast gar keine Aenderung. Denn obschon jetzt den Kindern zwei Vormünder unter Bestätigung durch das adliche Waisengericht zu ernennen sind, so ist eine solche Vormundschaft doch keine dauernde, sondern eine bloß vorübergehende. Es werden nämlich diese — allerdings wahren — Vormünder, wie das Art. 283 ausdrücklich betont, nur zwecks Ermittlung, Auskehrung oder Sicherstellung des den Kindern am väterlichen Vermögen gebührenden

\*) So auch Erdmann, System, B. I, § 100, S. 506, der noch darauf hinweist, daß die alte, aus der Geschlechtsvormundschaft entsprungene Beirathschaft zusammen mit letzterer weggefallen sei. —

\*\*) Vgl. Bunge, Kurl. Priv. R. § 217, S. 425.

Antheils, also, wie gesagt, nur vorübergehend ernannt d. h. zu dem alleinigen Zweck, bei der Abtheilung zwischen der die neue Ehe eingehenden Wittwee und ihren Kindern die Interessen der letzteren zu vertreten. Wenn das geschehen ist, so wird sie nach Art. 283 zit. wieder alleinige Vormünderin ihrer Kinder und behält auch den Nießbrauch des Vermögens der Kinder bis zu deren Großjährigkeit. Die hieraus mit Nothwendigkeit sich ergebende, in Art. 283 allerding's nicht ausgesprochenen Folge davon ist die, daß die Vormünder mit beendeter Abtheilung, Auskehrung oder Sicherstellung ihr Amt niederlegen und die Vormundschaft wieder allein der Mutter überlassen müssen. Nur den Beirath behält sie nach wie vor\*) und zwar wieder nur als bloßen Rathgeber. Die Artt. 1709—1739 erwähnen zwar des in Artt. 281 Abs. 1 und Art. 283 genannten Beirathes nicht, insbesondere auch nicht die die Zweitehe und ihre Wirkungen berührenden Artt. 1718 und 1722. In letztern ist auch nirgends von den zeitweiligen Vormündern die Rede, die nach Art. 283 nur behufs Auskehrung und Sicherstellung der den minderjährigen Kindern am väterlichen Nachlaß gebührenden Antheile vom Waisengericht ernannt, darnach aber wieder entlassen werden. Denn die Artt. 1707 ff. handeln eben von der Erbfolge der Gatten unter einander und nehmen, wo sie der Kinder Erwähnung thun, offenbar auch auf die großjährigen Kinder Bezug. Die Bestimmung des Art. 283 aber ist dem Vormundschaftsrecht eingegliedert. Sehen wir aber vom Fall der Zweitehe ab, so konnte Art. 1714 zit. umsomehr im Allgemeinen von dem Recht der Wittwee, den Nachlaß des Ehemannes zu verwalten, sprechen, ohne einen Widerspruch mit Artt. 281 Abs. 1. und Art. 283 befürchten zu müssen, als durch die Verweisung des Art. 1714 auf Artt. 280—282 zu gleicher Zeit ein Hinweis auf die Beirathschaft des Art. 281 Abs. 1 gegeben war. —

Nach kurländischem Recht verliert dagegen die Mutter durch ihre Wiederverhehlichung die Vormundschaft über die Kinder für die ganze Dauer der Zweitehe und erlangt sie nur dann wieder, wenn sie nach Auflösung derselben ohne weitere Kinder hinterbleibt. Die in Folge der Wiederverhehlichung erloschene mütterliche Vormundschaft wird aber nunmehr durch zwei Vormünder abgelöst, die von Art. 284 auch nur so, nicht etwa Rathsfreunde oder Beiräthe genannt werden, also die Stellung wirklicher Vormünder einnehmen, die im Gegensatz zu bloßen Rathgebern die vermögensrechtlichen Interessen der Kinder allein, ohne Theilnahme der Mutter, die daher über ihre frühere Verwaltung Rechenschaft ablegen muß, zu führen haben. (Vgl. Art. 284). Hier handelt es sich also um eine wirkliche Beschränkung der

\*) Vgl. Art. 283 in fin., dazu Erdmann, System, B. I, § 100, S. 508, A. 4.



der Mutter, die aber nur im Hinblick auf die Person der Kinder geboten erscheint.

Der Gesichtspunkt einer bloßen Rathsfreundschaft resp. Rathgeberschaft ist auch wohl für die beerbte Wittwee eines livländischen lutherischen, nicht zum Erbadel gehörenden Landgeistlichen maßgebend gewesen. Der hier einschlägige Art. 1805 bestimmt nämlich, daß die beerbte Wittwee eines lutherischen Landgeistlichen oder der beerbte Wittwer die zu Lebzeiten des andern Gatten bestehende Gütergemeinschaft fortsetzen und das gesammte Vermögen verwalten dürften, die Wittwee jedoch mit Beirath der nächsten Verwandten. Es wird hier nicht gesagt, wieviele Beiräthe es sein sollen, sowie überhaupt, ob die Wittwee sich den oder die Rathsfreunde obligatorisch wählen muß oder nur das Recht hat, sich solche zu erbitten, sowie ob die erwählten oder erbetenen Beiräthe bei dem vorzunehmenden Rechtsgeschäft resp. der Verfügung mitwirken müssen, um deren volle Gültigkeit zu bewirken. Zieht man aber in Betracht, daß Art. 1805 zit. eben nur von dem Beirath schlechtweg, nicht etwa von Vormündern spricht, wie das in Art. 281 Abs. 2 für das livländische Landrecht der Fall ist, also auch hier wieder ein Gegensatz zwischen Vormündern und Beiräthen zum Ausdruck zu kommen scheint, so kann die Beirathenschaft dieses Artikels wohl nur in dem Sinne einer Rathgeberschaft, die als solche eben nicht obligatorisch ist, aufgefaßt und demgemäß die Wittwee nicht verpflichtet werden, zu ihren Rechtshandlungen die nächsten Verwandten — und zwar wohl die des Mannes — als Rathsfreunde hinzuzuziehen. Hätte Art. 1805 nichts vom allgemeinen Landrecht Abweichendes statuieren wollen, so hätte er zum Mindesten auf die ergänzenden Bestimmungen des livländischen Landrechts (Artt. 281 und 282—286) verwiesen, was umso näher gelegen hätte, als ja Art. 1805 gerade von der beerbten d. h. mit Kindern nachbleibenden Prediger Wittwee handelt, wo doch die Bezeichnung „Vormünder“ mehr am Platze gewesen wäre als der viel harmlosere Ausdruck: „Beiräthe“ oder „Beirath“. Jedoch wird man ihr deßhalb auch noch nicht das Recht der schrankenlosen Verfügung über den Gesamtnachlaß sowie namentlich schädigende Einwirkungen auf die Substanz desselben zugestehen können und dementsprechend in Gemäßheit des Art. 72 eine einseitige Veräußerung von Immobilien des Ehemannes ihr nicht anders gestatten dürfen, als mit Einwilligung und Mitwirkung der nächsten ehemännlichen Verwandten oder der ad hoc zu wählenden Vormünder der minderjährigen Kinder, als der Vertreter der verstorbenen Ehegatten\*).

---

\*) Wir kommen auf diesen Punkt später zurück.

Wie nun schon in der ersten Hälfte des Art. 281 zit. eine deutliche Unterscheidung zwischen dem bloßen Beirath und den Vormündern gemacht wird, so wird dieser Unterschied noch klarer, wenn man außer dem Art. 284 zit. auch noch die zweite, auf das livländische Landrecht bezügliche Hälfte des Art. 281 zit. ins Auge faßt. Wie nämlich dort der Gesichtspunkt der bloßen Rathgeberschaft, die als solche niemals obligatorisch ist, so ist hier der Gesichtspunkt einer wahren Vormundschaft für die Gestaltung der der Wittwe zugeordneten Beistandschaft maßgebend gewesen. Die Mitvormünder des livländischen Landrechts in Art. 281, Abs. 2 sind eben wahre Vormünder, keine bloßen Rathgeber, ihre Stellung zur Wittwe muß daher nothgedrungen eine andere wie die eines Rathsfreundes oder Beirathes sein. Es lautet nämlich der Abs. 2 des gedachten Art. 281 wie folgt:

„In Livland erhält sie einen oder zwei Mitvormünder wo möglich aus der Zahl der väterlichen Verwandten, mit denen sie gemeinschaftlich die Tutel, besonders in Beziehung auf das Vermögen, verwaltet, während die Erziehung der Kinder vorzugsweise ihr vorbehalten wird.“

Daraus geht unter Anderem zweierlei hervor, erstens, daß die Wahl der Vormünder der Wittwe nicht anheim gestellt wird, sondern ex officio durch das adlige Waisengericht zu erfolgen hat, auch wenn kein diesbezüglicher Antrag ihrerseits vorliegt, denn sonst hätte es nicht heißen können: ... „erhält sie“... Das stimmt auch durchaus mit der ausdrücklichen Bezeichnung der Beistände als Vormünder überein, die als solche eben immer von der Behörde, also unabhängig von der Bitte der hierbei Interessirten ernannt zu werden pflegen. Zweitens geht aus dem Abs. 2 des Art. 281 zit. hervor, daß die überlebende Mutter gleichfalls Vormünderin ihrer Kinder ist und somit die Verwaltung des Kindesvermögens hat, aber nicht allein, wie im esthländischen Landrecht und furländischen Recht, sondern eben zusammen mit dem oder den ihr beizuordnenden Mitvormündern. Somit ist also die rechtliche Stellung der Mutter, was die Verwaltung des Kindesvermögens anbetrifft\*), die einer Mitvormünderin und sie unterliegt daher als solche auch den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen des Provinzialgesetzbuches über Mitvormünder\*\*)

\*) Vgl. Artt. Artt. 437—456.

\*\*) Der der beerbten Wittwe nach den meisten Statutarrechten zustehende Nießbrauch am Kindesvermögen dürfte zum Theil auch als Ausfluß der der Mutter nach dem Tode des Vaters gebührenden elterlichen Gewalt über ihre Kinder aufzufassen sein.

sowie überhaupt dem Vormundschaftsrecht\*) und andererseits sind auch die ihr zur Seite gesetzten Vormünder Mitvormünder der Wittwee, an ihre Zustimmung wie an die jedes Mitvormundes gebunden und unterstehen wie alle Vormünder den Gesetzesbestimmungen über die Vormundschaft (Vgl. die in den Notizen angeführten Artikel). Daraus aber ergibt sich auch der Charakter dieser Beirathenschaft als der einer wahren, stets obligatorischen Vormundschaft und keiner bloß fakultativen Rathsertheilung. Denn was wäre das für eine Vormundschaft und was wären das für Vormünder, wenn die Wittwee an die Zustimmung derselben nicht gebunden und wenn diese Zustimmung gleich der bloßen Rathsertheilung zur Gültigkeit des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts nicht unumgänglich nothwendig wäre?! —

Einer näheren Untersuchung über den Umfang und die Grenzen der der Wittwee als Vormünderin im Verhältniß zu ihren Mitvormündern zustehenden Rechte und der ihr als solcher obliegenden Pflichten bedürfte es eigentlich nicht, da die mit ihr konkurrierenden Mitvormünder eben nicht Rathsfreunde d. h. bloß fakultative Rathgeber, sondern wahre Vormünder sind, diese Abhandlung aber vorzugsweise der Rathsfreundschaft gewidmet ist. Allein da die Lehre von einer solchen Mitvormundschaft unleugbar mit der von der Rathsfreundschaft im Zusammenhang steht, somit also zu den „einschlägigen“ Lehren im Sinne der Titelüberschrift unserer Abhandlung gehören dürfte, so wird auf dieselbe gelegentlich doch zurückgegriffen werden\*\*).

Nur über die Wirkungen der Zweitehe auf die Mitvormundschaft der Wittwee mögen an dieser Stelle noch einige Worte hinzugefügt werden. Auch diese erlischt nämlich, wenn die Wittwee eine neue Ehe eingeht und es müssen dann neue Vormünder gewählt werden\*\*\*). Wie nach kurländischem Landrecht, so muß sie auch in Livland in diesem Fall über ihre bisherige mitvormundschaftliche Verwaltung Rechenschaft ablegen, behält aber dafür das Recht, die Vormünder hinsichtlich ihrer Vermögensverwaltung, an der sie selbst keinen Antheil hat, zu kontrollieren und wegen etwaiger Mißbräuche beim Waisengericht zu belangen†). Dem kurländischen und livländischen

\*) Vgl. Artt. 337—436. — Wenn diese sowie die in der vorigen Note zitierten Artikel in Bausch und Bogen angeführt werden, so soll damit nicht gesagt sein, daß jeder einzelne derselben auf die Wittwee als Vormünderin anwendbar ist.

\*\*) Was das Historische anbetrifft, so genüge hier die kurze Bemerkung, daß dem altlivländischen, angestammten Recht eine Vormundschaft der Wittwee über ihre minderjährigen Kinder fremd zu sein scheint (vgl. besonders Wegesack, Seite 69 f.) und zwar fremd in dem Sinne, daß ihr die Vormundschaft nicht einmal in Gemeinschaft mit andern Vormündern zugestanden wurde.

\*\*\*) Vgl. Art. 284.

†) Vgl. Artt. 284 und 285.

Vandrecht gemeinsam ist ferner die den Vormündern obliegende Pflicht, in allen wichtigen Angelegenheiten das Gutachten der Mutter einzuziehen und nach Möglichkeit zu berücksichtigen, woraus aber nicht auf eine etwaige Mitvormundschaft der Mutter zu schließen ist. Hat die Wittwe bei Auflösung der Zweitehe aus dieser keine Kinder, so kann sie wieder Mitvormünderin der Kinder erster Ehe werden\*), selbstverständlich aber nur in demselben Umfange wie vor der Zweitehe. — Die der Wittwe im Fall der Zweitehe in ihrem Verhältniß zu den Mitvormündern gewährten Rechte wie z. B. das der Kontrolle der Vormünder sowie das Recht, in allen wichtigen Angelegenheiten ihr Gutachten abzugeben und dessen Berücksichtigung von den Vormündern zu verlangen, läßt aber auch nicht etwa die Schlußfolgerung zu, als sei sie die eigentliche und alleinige Vormünderin und die früheren Mitvormünder zu bloßen Beiräthen herabgesunken. Diese Schlußfolgerung dürfte sich für den Fall der Zweitehe sogar in noch höherem Maße verbieten wie für den Fall der Wittweenschaft. Die Mutter als Wittwe ist wenigstens Mitvormünderin, hat also an der Vormundschaftsverwaltung wenigstens Theil, die zum zweiten Male heirathende Wittwe dagegen hat weit geringere Rechte, sie ist nicht einmal mehr Mitvormünderin ihrer Kinder, da ihre Mitvormundschaft für immer oder doch wenigstens für die Dauer der Zweitehe erloschen ist. Wenn also die Mitvormünder nicht einmal dort den Charakter von Beiräthen oder Rathsfreunden haben, wo ihnen die Mutter als Vormünderin zum Mindesten gleichberechtigt zu Seite steht, sondern vielmehr wahre Vormünder sind, so können sie hier, wo die Stellung der Mutter umsoviel beschränkter ist, noch weniger den Charakter von Rathsfreunden oder Beiräthen an sich tragen, sondern eben nur wirkliche Vormünder sein. —

Daß sich die Bestimmungen der Artt. 1709—1739 und unter diesen wieder besonders Art. 1714 mit den rein vormundschaftsrechtlichen Normen der Artt. 281 Abs. 2, 284 und 285 durchaus decken\*\*), insofern erstere vorzugsweise die Erbfolge der Ehegatten untereinander regeln wollen, und daß namentlich die Richterwählung der den minderjährigen Kindern bei zweitmaliger Heirath der Wittwe zu ernennenden Vormünder in Artt. 1718 und 1722 keine Bedeutung hat, ist hier ebenso klar, wie hinsichtlich der Beiräthe des esthländischen Vandrechts.

\*) Vgl. arg. Art. 285.

\*\*) Daß sie sich nicht widersprechen, zeigt die Berufung des Art. 1714 auf Artt. 282—282.

Vor Allem aber gehört hierher der vom liv- und esthländischen Stadtrecht handelnde Art. 286. Derselbe lautet in extenso wie folgt:

„Nach den Stadtrechten Liv- und Esthlands behält die überlebende Mutter zwar die Erziehung der Kinder. Deren Vertretung und die Verwaltung ihres Vermögens jedoch gebührt ihr nur dann, wenn sie vom Vater mittelst letztwilliger Verfügung zur Vormünderin eingesetzt oder vom Waisengericht als solche ausdrücklich bestellt worden ist. In solchem Fall sind ihr zwei Beiräthe, welche zugleich Mitvormünder der Kinder sind, womöglich aus der Kinder nächsten Verwandten von väterlicher und mütterlicher Seite beizunordnen, welche die Verwaltung des Vermögens der Kinder durch die Mutter beaufsichtigen und deren Rath die Mutter in allen wichtigen Angelegenheiten einholen muß. Letztere bleibt übrigens — auch wenn sie nicht die Vertretung und Verwaltung hat — im Nießbrauche des gesammten Vermögens und ist daher von jeder Rechenschaftsablegung befreit, muß jedoch die Kinder standesgemäß alimentieren und erziehen.“

Wie aus diesem Artikel hervorgeht, ist die beerbte Wittwee des liv- und esthländischen Stadtrechts in ihrer rechtlichen Stellung der Gesamtmasse resp. dem Kindesvermögen gegenüber beschränkter, mithin also ungünstiger situirt, als nach den Landrechten. Während ihr nämlich hier die Verwaltung des ehemännlichen Gesamtnachlasses fast ausnahmslos zusteht, ist sie dort nur in dem Fall dazu berufen, wenn sie vom Mann in seinem Testament zur Vormünderin ernannt oder vom Waisengericht dazu gewählt worden ist. Lag keins von Beidem vor, so hat sie auch nicht die Verwaltung und ist überhaupt nicht Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder. Nur die Leibzucht am gesammten Vermögen behält sie auch in diesem Fall. Die Verwaltung des Gesamtnachlasses im Allgemeinen und des etwaig vorhandenen Kindesvermögens sowie die Vertretung der Kinder muß alsdann Vormündern übertragen werden, von denen die Mutter nur in Erziehungsfragen unabhängig ist. Zwar kann es ihr nicht verwehrt sein, sich einen Beirath zu wählen oder wählen zu lassen, allein dieser hat dann keine andere rechtliche Stellung wie der sogenannte „Geschlechtskurator“ der volljährigen Jungfrau, ist also lediglich Rathgeber und befähigt, wenn er nicht als mitwirkend hinzugezogen wird, die überlebende Mutter weder zur Theilnahme an der Verwaltung des Gesamtnachlasses noch zur wirksamen Vornahme eines ihr gesetzlich untersagten Verfügungsgeschäfts. Diese strengere Behandlung der beerbten Wittwee in den Stadtrechten Liv- und Esthlands findet

ihre legislative Begründung in der bei der Wittwee meist vorhandenen und bei ihr nachtheiliger als zu Lebzeiten des Mannes wirkenden Geschäftsunerfahrenheit, ihre historische Erklärung dagegen weniger in der alten Geschlechtsvormundschaft\*), der früher alle Personen weiblichen Geschlechts unterworfen waren, als vielmehr in der im Verhältniß zu den Landrechten ungünstigeren Stellung der Ehefrau nach livländischem Stadtrecht mit ihrer Haftung für die ehemännlichen Schulden auf Grund des Prinzips der ehelichen Gütergemeinschaft sowie mit den aus den sonstigen, gerade bei der Gütergemeinschaft sehr ausgedehnten ehemännlichen Mundialbefugnissen, als deren auch nach dem Tode des Mannes sich äußernde Nachwirkung die größere Beschränkung der Wittwee nach liv- und esthländischem Stadtrecht erscheinen dürfte.

Hat die überlebende Wittwee aber auf Grund testamentarischer oder waisengerichtlicher Ernennung die Vormundschaft über ihre Kinder, so übt sie letztere auch dann nicht allein aus, sondern es werden ihr zwei Beiräthe oder Rathsfreunde, die zugleich Mitvormünder der Kinder sind, aus der Zahl der nächsten väterlichen oder mütterlichen Verwandten der Kinder beigeordnet, mit denen sie zusammen die vormundschaftliche Verwaltung führt. Da nun also die Beiräthe gleichzeitig Vormünder, wenn auch nicht alleinige Vormünder der Kinder sind und als solche ausdrücklich bezeichnet werden, so ist ihre Zuziehung seitens der Mutter wenigstens bei allen „wichtigen“ die Verwaltung betreffenden Rechtsgeschäften, Vermögensdispositionen oder sonstigen von der Wittwee vorgenommenen Rechtsakten\*\*), obligatorisch, und man darf die rechtliche Position dieser Beiräthe, ohne in Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des Art. 286 zu treten, keineswegs vom Gesichtspunkt einer fakultativen, die Wittwee nicht bindenden Rathgeberchaft aus betrachten — wie das aus der Wendung: „... deren Rath die Mutter in allen wichtigen Angelegenheiten einholen muß.“ nicht selten gefolgert wird — und demgemäß die Rathsfreunde des Art. 286 zit. etwa als bloße Rathgeber bezeichnen. Sie sind vielmehr wahre Vormünder und müssen als solche in allen wichtigen Angelegenheiten von der Mutter hinzugezogen werden, widrigenfalls das Rechtsgeschäft mindestens anfechtbar, wenn nicht ganz und gar nichtig sein soll. In der Literatur des baltischen Rechts ist diese Folge der unterlassenen Hinzuziehung der vormünderischen Rathsfreunde seitens der Wittwee,

\*) Wie das z. B. Gürgens, „Die Lehre von der Gütergemeinschaft“, § 44, S. 145 glaubt.

\*\*) Art. 286 braucht leider diesen so überaus dehnbaren Begriff „wichtige Angelegenheiten.“

wo solche dem Gesetz nach erfordert wird, allerdings streitig. So soll z. B. nach Gürgens\*) die Wittwee nur zur Rathseinhaltung bei den Mitvormündern verpflichtet sein, wogegen Zustimmung oder gar Mitwirkung derselben beim Rechtsgeschäft nicht erforderlich sein sollte; sie könne daher auch gegen den Willen der Rathsfreunde rechtswirksam handeln. Erdmann in seinem System Bd. I, S. 507 und Note 6 dazu erkennt wenigstens die Rathsertheilung der Vormünder als obligatorisches Erforderniß an, während er sogar auf S. 558 Note 1 ganz direkt eine Zuziehung der Mitutoren zu etwaigen Dispositions-handlungen der Wittwee verlangt. An einer andern Stelle seines Systems\*\*) dagegen erklärt sich Erdmann dahin, daß Verwaltungsakte, die von der Wittwee ohne Zustimmung der Mitvormünder vorgenommen werden, nicht etwa schlechthin nichtig wären, sondern vielmehr nur ein eventuelles Einschreiten der Waisenbehörde gegen die pflichtvergeffene Mutter zur Folge hätten.

Ohne uns an dieser Stelle auf eine Entscheidung dieser interessanten Streitfrage einzulassen, die vielmehr im Verlauf unserer spätern Ausführungen sich von selbst ergeben wird, bemerken wir nur soviel, daß für die Richtigkeit der ohne Mitvormünder seitens der Wittwee erfolgten Verfügungs-handlungen erstens schon die rechtliche Qualität der Rathsfreunde als wahrer Mitvormünder und zweitens auch die allgemeinen Grundsätze des Vormundschaftsrechts über das Verhältniß wahrer Mitvormünder zu einander sprechen.

Bevor aber darauf näher eingegangen werden kann, sind zuvor noch einige andere Punkte zu erledigen. Zu diesem Behufe wenden wir uns wieder dem Art. 286 zu. Wenn nämlich in demselben davon die Rede ist, daß die überlebende Mutter in den uns bekannten Fällen Vormünderin ihrer Kinder sein kann, wobei ihr aber im Hinblick auf letztere Mitvormünder zur Seite zu setzen sind, so hat man darunter nur minderjährige Kinder zu verstehen. Diese in der Beiordnung der Mitvormünder sich aus-sprechende Beschränkung der beerbten Wittwee findet eben nur insoweit statt, als die Kinder sich noch in minderjährigem Alter befinden. Sind sie volljährig, so hat die Wittwee keinen Mitvormund und noch weniger einen Rathsfreund nöthig, sondern führt unbeschadet der ihr nach wie vor zustehenden Leibzucht die Verwaltung selbstständig und unbeschränkt, was ihr umso eher zugestanden werden kann, als die volljährig gewordenen

\*) Vgl. dessen Schrift: „Die Lehre von der Gütergemeinschaft“ § 46, S. 150 f.

\*\*) Vgl. Bd. III § 207, S. 70. — In seinem Güterrecht spricht sich Erdmann über diese wichtige Frage leider gänzlich aus.

Kinder ihre Interessen selbst wahrnehmen können, ohne eines vormundschaftlichen Schutzes bedürftig zu sein \*).

Aus Art. 286 geht aber auch hervor, daß wenn die Wittwee vom verstorbenen Ehemann nicht testamentarisch zur Vormünderin der Kinder bestimmt und in der Folge auch vom Waisengericht nicht dazu ernannt worden ist, sie von jeglicher vormundschaftlichen Verwaltung im Hinblick auf die minderjährigen Kinder überhaupt ausgeschlossen ist, also auch nicht einmal zusammen mit den Beiräthen oder Vormündern d. h. mit andern Worten überhaupt nicht Vormünderin ihrer Kinder sein kann \*\*). Daß aber Art. 286 — obwohl er es nicht sagt — nur an die minderjährigen Kinder gedacht haben kann, läßt sich außerdem auch noch aus der Ueberschrift des ersten Hauptstückes (B. I, Titel IV) erweisen, die sich

„Von der Vormundschaft über Minderjährige“

betitelt.

Dies wird um so klarer, wenn man dem zitierten Artikel 286 den Art. 1825 gegenüberstellt. Dieser bezieht sich aber wie überhaupt die Artt. 1822—1833 auf die sogenannte fortgesetzte Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts, ein Rechtsinstitut, das, der deutschrechtlichen prorogatio communione bonorum \*\*\*) nachgebildet †), in das rigische und lübsche Stadtrecht schon früher Eingang gefunden hatte und von der Modifikation d. J. 1864 auch beibehalten ward. Art. 1825 zit. sagt:

„Während mit den Kindern fortgesetzter Gütergemeinschaft haben zwar letztere ideelle Theile am Ganzen; allein die Verwaltung und der Nießbrauch des gesamten Vermögens gehört dem überlebenden Ehegatten und dieser ist nur zum Unterhalt und zur Erziehung der Kinder verpflichtet.“

\*) So auch das Appellationserkennniß des Rigaschen Rathes vom 20. November 1885 sub Nr. 7953, vgl. Zwingmann's Sammlung Bd. VIII, S. 55. — Vgl. auch für das deutsche Recht Runder, Güterrecht, S. 251 u. 296 f. u. Panlt, Abhandlungen, Bd. II, S. 14.

\*\*) So auch die in der Zwingmann'schen Präjudikatensammlung, Bd. VII S. 56 f. angeführte Senatsentscheidung von 26. März 1887 Nr. 345. Wie dem gegenüber Gürgens l. c. S. 134 u. S. 153, wiewohl er sich auf die betreffende Stelle aus der zit. Senatsentscheidung in Note 9 ausdrücklich beruft und sie ihrem Wortlaute nach anführt, die Wittwee auch in diesem Fall an der Verwaltung der Gesamtmasse theilnehmen lassen will, ist mir unerfindlich.

\*\*\*) Oder wie sie auch heißt: „Gemeinschaft auf Gedeth und Verderb“, vgl. auch Bluntschli, l. c. S. 472 f. Gerber, System, § 236, S. 659, Erdmann, System, Bd. III, § 207, S. 68, Note 4.

†) Erdmann, System, Bd. III, l. c., Bluntschli, S. 473.



Dieser Artikel bezieht sich also nur auf den Gesamtnachlaß des Ehemannes, in welchem das Allatenvermögen der Wittwee miteinbegriffen ist und der als eigentliches Object der fortgesetzten Gütergemeinschaft erscheint. Dem mehrfach erwähnten Art. 286 dagegen ist es in erster Linie nicht um die fortgesetzte Gütergemeinschaft, sondern vielmehr um die Erörterung der Frage zu thun, inwiefern die überlebende Mutter Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder sein kann, welche Rechte ihr als solcher zustehen und welchen Grad von Selbstständigkeit sie dabei genießt. Art. 286 bezieht sich daher auch vorzugsweise auf das separate, eventuell schon zu Lebzeiten des Ehemannes vorhanden gewesene Kindesvermögen\*); an die den Kindern zustehenden ideellen Antheile an der Gesamtmasse denkt er wohl erst in zweiter Linie, auf diese kommt es ihm weniger an. Gerade umgekehrt dagegen ist es mit Art. 1825. Dieser hat, sofern er von den die Gütergemeinschaft mit dem überlebenden Gatten fortsetzenden Kindern spricht, vorzugsweise die letzteren am „Ganzen“ gebührenden ideellen Antheile im Auge und erst in zweiter Linie das separate Kindesvermögen. Damit im Zusammenhang steht es, wenn die Anmerkung zu Art. 1825 für die nähern Bestimmungen auf die Artt. 277 und 286 verweist, insofern man darin eine Bezugnahme auf den Fall einer Existenz separaten Kindesvermögens zu erblicken vermöchte\*\*). Durch diese Verweisung geht aber auch die Modifikation einem ihr sonst vorzuwerfenden Widerspruche mit Art. 286 aus dem Wege. Denn wiewohl Art. 1825 nur im Allgemeinen davon spricht, daß der Wittwee außer dem Nießbrauch die Verwaltung des gesamten Vermögens zustehen, ohne zu erwähnen, daß sie diese Verwaltung nicht allein, sondern — unter den vorhin angegebenen Voraussetzungen — eben nur im Verein mit den ihr beizuordnenden Mitvormündern führen darf, Art. 286 dagegen ihr die Verwaltung nicht anders als zusammen mit den Mitvormündern einräumt, so ist ein eigentlicher Widerspruch doch umso weniger anzunehmen, als

---

\*) Daß in Note 2, S. 550 dieser Abhandlung zitierte Appellationserkenntniß des Rigaschen Rathes erachtet diesen m. E. n. sehr wichtigen Unterschied in dem ihm vorliegenden Fall für unerheblich. — Dagegen scheint ein anderes Urtheil, nämlich des Appellationserkenntniß des Rigaschen Rathes vom 22. April 1881 sub Nr. 2687 (vgl. Zwingmann's Sammlung, Bd. VI, Nr. 1009, S. 95) darauf wieder Gewicht zu legen, ebenso auch das vogteigerichtliche Urtheil vom 5. Januar 1884 sub Nr. 4, bei Zwingmann, Bd. VIII, S. 61. —

\*\*) Es soll also durchaus nicht gesagt sein, daß Art. 286 ztt. sich nur auf ein etwaiges Peculium der Kinder, nicht dagegen auch auf ihre ideellen Antheile an der in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befangenen Masse bezieht, sondern bloß, daß er sich vorzugsweise auf ersteres bezieht. Vgl. überh. rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 16. Febr. 1883, Nr. 49, bei Zwingmann, Bd. VII, Nr. 1287, S. 132. —

Art. 1825 offenbar sowohl auf den Fall der Minderjährigkeit, als auch auf den der Volljährigkeit der Kinder Bezug nimmt. Auf den letztern Fall sowie wenn der Mann der überlebende Theil ist, hätte es aber nicht gepaßt, wenn allgemein gesagt worden wäre, die Verwaltung gehöre dem überlebenden Gatten zusammen mit den Mitvormündern resp. Beiräthen. Denn bei Volljährigkeit der Kinder führt eben die Mutter ganz allein ohne Beirath oder Mitvormund die Verwaltung, der überlebende Vater dagegen hat — in Uebereinstimmung mit den andern Statutarrechten — auch bei Minderjährigkeit der Kinder weder Beiräthe noch Mitvormünder nöthig, selbst wenn er zu einer zweiten Ehe schreitet \*). Auf den Vater zielt indeß Art. 1825 gleichfalls ab, da er nur vom überlebenden Gatten im Allgemeinen spricht. Für die Person des Vaters wäre es aber wiederum nicht zutreffend gewesen, wenn es geheißen hätte: der überlebende Gatte hat die Verwaltung zusammen mit den zwei Mitvormündern. Dagegen konnte Art. 1825, wenn er nun einmal eine allgemein gefaßte Regel in knapper Form aussprechen wollte, sehr wohl sagen: die Verwaltung gebührt dem überlebenden Gatten. Denn wenngleich die Mutter die Verwaltung nur zusammen mit den Beiräthen oder Mitvormündern hat, so hat sie doch immer eine Verwaltung. Eine beschränkte Verwaltung ist doch immer eine Verwaltung und Art. 1825 vermeidet es sorgfältig, von einer alleinigen oder ausschließlichen Verwaltung der Wittwee zu sprechen. Art. 1825 zit. traf damit beide Fälle: die beschränkte Verwaltung der Mutter und die unbeschränkte des Vaters. Und dann will die Norm des Art. 286 schon vermöge ihrer äußeren Stellung offenbar eine vormundschaftsrechtliche sein, wogegen Art. 1825 eine Frage der ehelichen Erbfolge regeln will. In Art. 1825 eine Erörterung rein vormundschaftsrechtlicher Fragen zu finden, stand also nicht zu erwarten. — Die Verweisung auf Artt. 277 und 286 mußte mithin genügend erscheinen, um ein Mißverständniß nicht aufkommen zu lassen. —

Art. 1825 läßt aber noch eine weitere Schlußfolgerung zu, nämlich die, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft auch dann stattfindet, wenn die überlebende Mutter weder im Testamente des Mannes als Vormünderin eingesetzt noch vom Waisengericht dazu ernannt ist. Denn obgleich sie in diesem Fall von jeder Verwaltung überhaupt ausgeschlossen ist, so ist doch zu beachten, daß das Wesen der dem Stadtrecht eigenthümlichen fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht in der Verwaltung der Gesamtmasse durch den überlebenden Gatten — die ihm ja auch nach den Landrechten zusteht — sondern vielmehr

\*) Vgl. Artt. 273, 276—279 mit Art. 286, ferner Artt. 1759, 1788, 1800, 1805 u. 1825.

darin besteht, daß letzterer mitsammt den Kindern im ungetheilten Besitz und Genuß der Gesamtvermögens verbleibt sowie daß in der Regel nur im Fall der Wiederverheirathung des parens superstes letzterer zur Auflösung der Gemeinschaft durch Schichtung oder Theilung gezwungen werden kann. Abgesehen davon bildet es allerdings eine der vielen Eigenthümlichkeiten des deutschen Rechts und zwar des Familienrechts insbesondere, daß die Kinder zwar in die durch den Tod des einen Elterntheils entstandene Lücke der bisherigen Familien- resp. Hausgemeinschaft eintreten und durch Ausfüllung derselben insofern freilich die Person des verstorbenen Gatten repräsentieren, allein in der Verwaltung und Vertretung des Gesamtvermögens diese Repräsentation gewissermaßen wieder dem überlebenden Gatten überlassen müssen \*). Indes für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ist diese Eigenthümlichkeit unwesentlich. Konsequent ist übrigens eine solche Gestaltung — beiläufig bemerkt — allerdings nicht, allein sie entsprach der im Gegensatz zum haarscharf unterscheidenden römischen Recht zwar weniger logischen, dafür aber umsoviel humanern deutschrechtlichen Auffassungsweise, die hier wie sonst so manchesmal der inneren d. h. der Gefühlsseite des Familienlebens die Durchführung logischer Prinzipien zum Opfer brachte. —

Wenn nun die zur Vormünderin testamentarisch eingesetzte oder waijengerichtlich dazu ernannte Wittwee als solche mit dem früheren separaten Kindesvermögen zusammen auch die den Kindern am Gesamtvermögen zustehenden ideellen Antheile\*\*) verwaltet und daran eine Leibzucht genießt, was wie wir gesehen haben, aus Art. 286 in Verbindung mit Art. 1825 und der Anmerkung zu demselben, jedenfalls gefolgert werden kann, so erledigt sich damit auch die von Erdmann\*\*\*) umständlich erörterte, dem Resultat nach freilich richtige entschiedene Frage, ob den Kindern während fortgesetzter Gütergemeinschaft, also vor der Schichtung, an der Gesamtmasse wirklich gegenwärtige, wenn auch nur ideelle Antheile zustehen, oder ob es sich für sie nur um eine rechtliche Anwartschaft auf den ihrerseits noch garnicht erworbenen väterlichen Nachlaß handelt, zu Gunsten der ersteren Eventualität, nämlich wirklich vorhandener, ideeller Antheile†). Denn etwas, woran man noch kein eigentliches Recht, sondern worauf man nur eine Anwartschaft hat, kann man garnicht verwalten. Sobald aber

---

\*) Aehnlich Gürgens in der Dorpater Zeitschrift, Jahrg. IV, S. 18.

\*\*) Vgl. Art. 1825.

\*\*\*) Vgl. Erdmann, Güterrecht, § 15, S. 216—219.

†) Vgl. auch noch für das ältere lübische Recht Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Recht, Bd. III, S. 114.

von einer Verwaltung von Antheilen gesprochen wird, muß auch ein Object der Verwaltung vorhanden sein, das eben von jenen ideellen Antheilen der Kinder gebildet wird. —

Gerade deshalb aber, weil den Kindern am Gesamtvermögen ideelle Antheile zustehen und weil auch das separate Kindervermögen der mütterlichen Vormundschaftsverwaltung unterliegt, erscheint es geboten, die in Art. 286 zit. genannten Mitvormünder der beerbten Wittwee, trotzdem daß sie gleichzeitig als Beiräthe derselben bezeichnet werden, als wahre Vormünder, nicht als einfache Rathgeber hinzustellen. Die Thatsache des Vorhandenseins eines Kindesvermögens, mag dasselbe nun in ideellen Antheilen an der Gesamtmasse oder unabhängig davon in einem separaten Vermögen der Kinder bestehen, verlangt eben eine wirkliche Vormundschaftsstellung der der Wittwee zur Seite stehenden Personen, kann sich also nicht mit einer bloßen Rathgeberschaft begnügen. Wenn aber das liv- und esthländische Stadtrecht sowie zum Theil auch das livländische Landrecht die sonst überall anerkannte freie Dispositions- und Verwaltungsbefugniß der beerbten Wittwee durch Beordnung der erwähnten Mitvormünder beschränken, so z. B. fast nach allen Statutarrechten hinsichtlich der Veräußerung und Verpfändung der nicht zum Sondergut der Wittwee gehörende Immobilien, so ist der tiefere Grund dieser Einschränkung weniger in einer Schutzmaßregel gegen etwaige unordentliche Verwaltungsakte der Mutter als vielmehr in einer Berücksichtigung der der Wittwee in Bezug auf besonders wichtige\*) Geschäfte häufig man gelnden Geschäftsfenntniß\*\*). —

Es wurde schon darauf hingewiesen, das die Wittwee nicht Vormünderin ihrer Kinder sein kann, wenn sie im Testament des Mannes oder vom Waisengericht nicht dazu ernannt worden ist. In diesen Fällen ist sie zwar nicht vom sogenannten Beisitzer mit der daran geknüpften Leibzucht, wohl dagegen von der Verwaltung sowohl des separaten Kindesvermögens als auch des ehemännlichen Gesamtnachlasses d. h. also des Gesamtvermögens mit den darin stekenden ideellen Antheilen der Kinder überhaupt ausgeschlossen und kann letztere auch nicht einmal mit den Vormündern zusammen führen. Erwählt sie sich aber oder läßt sie sich, außer den eo ipso schon vorhandenen Vormündern ihrer Kinder, noch für ihre Person besondere Rathsfreunde — was ihr ja nicht verwehrt sein kann — erwählen, so wird die ihr anhaftende Beschränkung dadurch noch nicht gehoben, sie bleibt also nach wie vor auch

---

\*) Art. 286 verlangt eine Mitwirkung der Vormünder eben gerade bei allen „wichtigen“ Angelegenheiten.

\*\*) So auch Gürgens: Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 46, S. 150,

von der Theilnahme an der vormundschaftlichen Verwaltung ausgeschlossen. Die Ausschließung der Wittwee von der Vormundschaft ist also, wo sie vom liv- und esthländischen Stadtrecht angeordnet wird, zwingendes, durch keinerlei Privatdispositionen zu beseitigendes Recht. — Wenn nun die im Art. 286 genannten Ausschließungsfälle vorliegen, so müssen sie andererseits nach erreichter Volljährigkeit der Kinder jede Bedeutung verlieren. Die Voraussetzung jeder Altersvormundschaft, nämlich die Minderjährigkeit ist jetzt weggefallen und deshalb braucht sich auch die Wittwee die Beordnung etwaiger Rathsfreunde keineswegs gefallen zu lassen, sondern führt die Verwaltung der Gesamtmasse ganz allein, ohne Beiräthe, und hat die Vertretung des gedachten Sammtgutes in uneingeschränktem Maße, ohne an die Mitwirkung resp. Zustimmung oder gar nur Rathsertheilung der Beiräthe gebunden zu sein. Die Selbstständigkeit und Uneingeschränktheit kann man also der beerbten Wittwee des liv- und esthländischen Stadtrechts nicht etwa derart abzusprechen suchen, daß man sagt: der verstorbene Ehemann habe offenbar seiner Frau für den Todesfall die Verwaltung seines Nachlasses resp. die Vormundschaft über seine Kinder nicht anvertrauen wollen und auch das Waisengericht habe sie dazu nicht geeignet erachtet, denn sonst hätte jener sie in seinem Testament dazu ernannt und dieses sie laut Verfügung als Vormünderin bestätigt, und aus diesem Grunde müsse man auch bei Volljährigkeit der Kinder den ursprünglich vorhandengewesenen, jetzt aber eigentlich weggefallenen Ausschließungsgrund nachwirken lassen, demgemäß also die Wittwee auch jetzt noch von der Verwaltung der Gesamtmasse entweder ganz fernhalten oder ihr diese doch nur unter Theilnahme und Kontrolle zweier Mitvormünder oder Beiräthe gestatten. Denn mit der Volljährigkeit der Kinder erlischt die Vormundschaft von selbst, die Vormünder müssen ihr Amt niederlegen und die Verwaltung der Gesamtmasse der Wittwe, des Separatvermögens der Kinder dagegen diesen überlassen\*) Folglich kann auch von einer Beschränkung der Wittwee in ihrer Vermögensverwaltung mittelst Beordnung etwaiger Mitvormünder oder auch nur von Rathsfreunden nicht mehr die Rede sein.

Diesjenigen Verwaltungsakte aber, die von der Wittwee allein ohne Genehmigung der volljährigen Kinder ausnahmsweise nicht rechtsgültig vorgenommen werden können, erlangen Rechtsgültigkeit selbst dann nicht, wenn sie sich dabei der für sie jetzt nicht mehr obligatorischen Mitwirkung von

---

\*) Vgl. das bereits citirte Senatsurtheil vom 26. März 1887 bei Zwiggmann, Bb. VIII, S. 57.

Rathsfreunden oder Beiräthen bedient. Vielmehr bleibt das Rechtsgeschäft ebenso gültig oder ungültig, wie es ohne Hinzuziehung dieser Rathsfreunde gewesen wäre. — Das Resultat also ist, daß bei Volljährigkeit der Kinder die in der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit letztern lebende Wittwe zu keiner einzigen, die Verwaltung der Gesamtmasse betreffenden oder damit zusammenhängenden Rechtshandlung die in Art. 286 genannten Beiräthe, welche in einer Person zugleich Mitvormünder der einst minderjährigen Kinder waren, hinzuzuziehen braucht, sondern die Verwaltung ganz selbstständig, ohne jede obligatorische Beihülfe führt. In den Fällen aber, wo auch dem Ehemann der betreffende Verwaltungs- resp. Veräußerungsakt nicht ohne Zustimmung der Ehefrau freigegeben ist, braucht die Wittwe, da sie der allgemeinen Theorie gemäß in der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinsichtlich der Verwaltung, Vertretung und Nutznießung der Gesamtmasse die Stellung des verstorbenen Ehemannes einnimmt\*), zwar weder Mitvormünder noch Beiräthe hinzuzuziehen, wohl aber bedarf sie der Zustimmung ihrer volljährigen Kinder\*\*). Hat aber der verstorbene Ehemann die Wittwe testamentarisch zur Vormünderin der minderjährigen Kinder eingesetzt oder ist sie vom Waisengericht dazu ernannt worden, so erfährt, wenn die Kinder späterhin volljährig werden, die Dispositionsbefugniß der Wittwe deshalb allein keineswegs eine Steigerung. Vielmehr ist dieser Fall ganz analog dem zu behandeln, wo eine solche testamentarische oder waisengerichtliche Ernennung der Mutter zur Vormünderin nicht erfolgt war. Wo deshalb ausnahmsweise Zustimmung resp. Mitwirkung der volljährigen Kinder bei Vornahme eines Verfügungsgeschäfts erforderlich sind, darf die Mutter dieselben nicht mittelst Hinweises darauf ablehnen, daß ihr schon früher zur Zeit der Minderjährigkeit ihrer Kinder volles Vertrauen vom Waisengericht resp. ihrem verstorbenen Mann geschenkt worden sei, da man sie ja zur Vormünderin ernannt habe. Denn ihre Eigenschaft als Vormünderin kommt gegenwärtig, wo die Vormundschaft wegen Volljährigkeit der Kinder erloschen ist, nicht mehr in Frage und es können daran absolut keine Wirkungen mehr zu Gunsten oder Ungunsten der Wittwe geknüpft werden. Mit dem Zeitpunkt der Volljährigkeit der Kinder wird es für die Frage der selbstständigen Dispositionsfähigkeit

\*) Vgl. Maurenbrecher l. c. § 551, S. 247, Hillebrand l. c. S. 693, Stobbe, Handbuch, Bd. IV, § 241, S. 238 f., Gerber, System, § 236, S. 658 f. G ü r g e n z: Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 44, S. 146 n. § 45, S. 147.

\*\*) Vgl. Stobbe l. c. S. 239. — In diesem Fall treten also die Kinder allerdings an die Stelle des verstorbenen Gatte. — Das Sondergut ist natürlich hiervon ausgenommen.

resp. =berechtigung der Wittwee absolut gleichgültig, ob sie Vormünderin ihrer früher noch minderjährigen Kinder war oder nicht. In dieser Hinsicht stehen sich beide Fälle einander vollständig gleich. —

Es fragt sich nun, welches rechtliche Schicksal die in Art. 286 der Wittwee nach Liv- und esthländischem Stadtrecht beigeordnete Mitvormundschaft resp. Rathsfreundschaft im Falle ihrer Wiederverheirathung erfährt? Hat die Wittwee auch jetzt noch Mitvormünder oder Beiräthe nöthig oder nicht? Gegen die Weiterdauer der Mitvormundschaft spricht, daß es eben nur die Wittwee ist, der Art. 286 die öfterwähnten zwei Mitvormünder oder Beiräthe zur Seite setzt. Heirathet sie aber, so ist sie eben nicht mehr Wittwee, es können also auch auf sie die nur für Wittween geltenden Rechtsbestimmungen logischerweise nicht mehr angewandt werden, umsomehr, als ihr nummehr in der Person des zweiten Ehemannes ein genügender Beistand erwachsen sein dürfte. Ferner scheint die Weiterdauer der die Wittwee einschränken den Mitvormundschaft in der Person der erwähnten zwei Mitvormünder oder Beiräthe überhaupt überflüssig zu sein, da ja laut Art. 287 im Fall der Zweitehe unter Zuziehung zweier ad hoc aus den nächsten Verwandten der beiden Eltern zu wählenden Vormünder und unter waisengerichtlicher Bestätigung der den Kindern gebührende Erbtheil ausgemittelt und sichergestellt werden muß, demnach also der sich wiederverehelichenden Wittwee an diesem Erbtheil ohnehin keine über das bloße Nutznießungsrecht hinausgehenden und insofern eine Kontrolle der Mitvormünder nothwendig machenden Verfügungsrechte zustehen würden. —

Allein überwiegende Gründe sprechen doch für die Weiterdauer der Mitvormundschaft oder richtiger für ein Erstarken derselben zu einer alleinigen, die mater binuba ausschließenden Vormundschaft. Um das zu erkennen, dürfte es sich empfehlen, die hier einschlägigen Artikel ihrem vollen Wortlaut nach anzuführen. Es kommen in Betracht Artt. 287 und 1828. Der erste derselben lautet:

„Beabsichtigt die Mutter, nachdem sie Vormünderin geworden, eine neue Ehe, so erlischt nach den Stadtrechten Liv- und Esthlands ihre Vormundschaft; den Kindern werden aus den nächsten Verwandten beider Eltern Vormünder bestellt, mit deren Zuziehung unter Bestätigung des Waisengerichts, der den Kindern gebührende Erbtheil ausgemittelt und sichergestellt wird. Die Mutter behält jedoch auch in diesem Falle den Nießbrauch des Vermögens ihrer Kinder bis zu deren Großjährigkeit und hat dagegen für den Unterhalt und Erziehung der Kinder Sorge zu tragen.“

Der zweite hat folgenden Wortlaut:

„Schreitet der überlebende Ehegatte zu einer neuen Ehe, so ist

die förmliche Theilung mit den Kindern der früheren Ehe nicht unumgänglich erforderlich, sie kann nur von den Kindern oder deren Vormündern verlangt, aber ebenso gut, kraft gegenseitiger Uebereinkunft — und, im Falle die Kinder noch nicht alle großjährig, mit waisengerichtlicher Genehmigung auch über die zweite Ehe hinaus fortgesetzt werden \*).

Hält man die beiden Artikel gegeneinander, so ergibt sich — zunächst für das livländische Stadtrecht, da Art. 1828 sich nur auf letzteres bezieht — daß zwar die Vormundschaft der Mutter und damit auch die ihr bisher zustehende Verwaltung des Kindesvermögens erlischt und auf andere Vormünder übertragen wird, die sie bis zur Volljährigkeit der Kinder führen müssen. Diese lediglich dem Vormundschaftsrecht angehörige Rechtsfolge der Zweitehe spricht Art. 287 zit. aus, der sich somit nur auf die Mutter bezieht und zudem stets Minderjährigkeit der Kinder voraussetzt. Man darf also annehmen, daß, soweit es sich um ihre minderjährigen Kinder handelt, die zum zweite Mal heirathende Wittwee in dieser Hinsicht Mitvormünder resp. Beiräthe garnicht haben kann, da sie selbst nicht mehr Vormünderin ihrer Kinder sein darf, für ihre eigene Person aber Beiräthe zwar haben kann, indeß auch nur als bloße Rathgeber. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint also die Weiterexistenz der sonstigen Vormundschaft nicht nur nicht überflüssig, sondern sogar nothwendig. Nur sind die Vormünder in diesem Fall, wie gesagt, nicht Mitvormünder oder Beiräthe, sondern eben Vormünder unter Ausschließung der Mutter. Art. 1828 erörtert dagegen eine Frage aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft hört darnach nicht in jedem Fall gleich der mütterlichen Vormundschaft sofort mit Eingehung der zweiten Ehe seitens des parens superstes auf, sondern nur, wenn die volljährigen Kinder oder bei Minderjährigkeit derselben die Vormünder derselben sofortige Abtheilung verlangen. Sind dagegen beide Theile — bei Minderjährigkeit der Kinder speziell auch das Waisengericht — mit der Fortsetzung der Gütergemeinschaft einverstanden, so kann letztere

---

\*) Dieser Artikel verräth sich nur zu deutlich als eine direkte Schöpfung Bunge's, wie sich das in augenfälliger Weise aus einer Vergleichung desselben mit einer Stelle seines liv- und estländischen Privatrechts ergibt, nämlich Bd. II, § 284, S. 113. Dasselbst heißt es in nahezu wörtlicher Uebereinstimmung:

... „Aber auch im Falle einer zweiten Ehe des überlebenden Ehegatten ist die förmliche Theilung mit den Kindern erster Ehe nicht unumgänglich erforderlich, sondern sie kann nur von den Kindern oder deren Vormündern verlangt, aber ebensogut auch, kraft gegenseitiger Uebereinkunft, die Gütergemeinschaft über die zweite Ehe hinaus freiwillig prorogiert werden“ ...



eben auch über die zweite Ehe hinaus erstreckt werden. Nach der richtigen Ansicht werden in diesem Fall zwei von einander getrennt bleibende Gütermassen gebildet, nämlich die eine Gütermasse, an der die zwischen dem conjux binubus d. h. in unserem speziellen Fall zwischen der Wittwee und ihren (erstehelichen) Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft stattfindet, und die andere, mit dem von jedem der Ehegatten in die neue Ehe gebrachten Vermögen als Objekt, das zu einer von der vorerwähnten fortgesetzten Gütergemeinschaft gar nicht berührten und von ihr streng zu unterscheidenden neuen Gütergemeinschaft, an der die Kinder des parens binubus gar keinen Antheil haben, zusammengefaßt wird \*).

Das Schicksal der mütterlichen Vormundschaft wird in Art. 1828 überhaupt nicht berührt. Und das kann uns kein Wunder nehmen. Denn einmal war diese Frage schon durch den ausführlichen Art. 287 geregelt, brauchte also an dieser Stelle nicht nochmals erörtert zu werden und zweitens will Art. 1828 offenbar eine allgemeine Vorschrift geben. Er spricht deshalb nur von dem überlebenden Ehegatten überhaupt, meint also damit auch den pater binubus, der ja auch im Fall der Zweitehe alleiniger Vormund seiner minderjährigen Kinder bleibt \*\*). Und ferner bezieht er sich nicht bloß auf den Fall der Minderjährigkeit, sondern auch auf den der Volljährigkeit der vom conjux binubus stammenden Kinder, wo doch weder eine Vormundschaft der Mutter, wenn sie der überlebende Theil war, noch eine Mitvormundschaft resp. Beirathschaft dritter Personen in Frage kommen könnten. Drittens aber handelt — worauf schon hingewiesen wurde — Art. 1828 überhaupt nur von der Fortsetzung der Gütergemeinschaft, Art. 287 dagegen von der mütterlichen Vormundschaft über die minderjährigen Kinder. So sind daher beide Artikel geeignet, einander gegenseitig zu ergänzen. Geht man nun auf eine Vergleichung beider Artikel näher ein, so ergeben sich für die Mitvormundschaft resp. Beirathschaft des Art. 287 nicht unwichtige Folgerungen. Unterstellen wir, daß laut Uebereinkunft der Interessenten d. h. der mater binuba auf der einen und der durch ihre Vormünder vertretenen minderjährigen Kinder auf der andern Seite unter Genehmigung des Waisengerichts die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausbedungen ist. Dann ist diese fortgesetzte Gütergemeinschaft denselben Gesetzen unterworfen, wie die fortgesetzte Gütergemeinschaft vor Eingehung der Zweitehe. Was somit dort hinsichtlich der Zuziehung etwaiger Mitvormünder resp. Beiräthe seitens der Mutter zu ihren Verwaltungsakten gilt, das muß auch für die

\*) Vgl. G ü r g e n s, Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 48, S. 160.

\*\*) Vgl. Art. 278, G ü r g e n s, Die Lehre von der Gütergemeinschaft § 47, S. 158.

über die Zweitehe hinaus fortgesetzte Gütergemeinschaft gelten. Denn ebenso wie dort, so haben auch hier die Kinder bloß ideelle Antheile an der Gesamtmasse, die als solche aber auch zum Kindesvermögen gehören und Objekt einer vormundschaftlichen Verwaltung sein können. Daraus folgt die Anwendbarkeit des Art. 286 auch auf den Fall der Zweitehe. Die juristische Konstruktion des Güterverhältnisses ist keine andere, wie sie es vor der Wiederverheirathung der Wittwee war. Wenn also demnach die mater binuba vom Vater testamentarisch als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder eingesetzt worden ist oder wenn das Waisengericht sie dazu ernannt hat, so müssen ihr, trotzdem daß sie nicht mehr Wittwee ist und nunmehr ein Ehemann ihr helfend und berathend zur Seite steht, dennoch die in Art. 286 erwähnten zwei Mitvormünder oder Beiräthe zugeordnet werden, mit denen gemeinschaftlich sie die Vormundschaft über die Minderjährigen sowie die Verwaltung der ersten Gütermasse zu verwalten und deren „Rath“ sie in „allen wichtigen Angelegenheiten“ einzuholen hat. Also ganz wie zur Zeit ihres Wittweenstandes. Die Mitvormünder sind daher auch jetzt wahre Vormünder, nicht etwa, wie aus dem Ausdruck „Beiräthe“ in Art. 286 gefolgert werden könnte, bloße Rathgeber. Sie sind letzteres auch nicht etwa aus dem Grunde, weil angesichts des jetzt vorhandenen ehemännlichen Beistandes die Interessen der Kinder durch Beordnung einer bloß fakultativen, für die Wittwee nicht obligatorischen Rathgeberschaft in genügendem Maße geschützt zu sein scheinen, eine wirkliche, die mütterliche Vormundschaft gewissermaßen ergänzende Mitvormundschaft dritter Personen daher unnöthig erschien. Denn angesichts der Existenz minderjähriger Kinder und eines ihnen zugehörigen Vermögens kann sich die Rechtsordnung mit einer durch bloße Rathgeber geführten vormundschaftlichen Verwaltung seitens der sich wiederverheirathenden Mutter unmöglich zufrieden geben, sondern verlangt einen durchgreifenden Schutz der minderjährigen Kinder, eine stärkere Garantie für die Unversehrtheit des Kindesvermögens gegen übereilte und zudem den Einflüssen des zweiten Ehemannes nur zu sehr ausgesetzte Verwaltungsakte der mater binuba. Auch bei der über die zweite Ehe hinaus fortgesetzten Gütergemeinschaft sind also die Mitvormünder der zum zweiten Male heirathenden Ehefrau wahre Vormünder und keine bloßen Rathgeber, sie müssen also bei allen „wichtigen“ Verwaltungsakten von der Mutter hinzugezogen werden, widrigenfalls die letzteren ungültig sein dürften. War die Wittwee aber weder von ihrem verstorbenen Manne testamentarisch noch auch vom Waisengericht zur Vormünderin ihrer unmündigen Kinder ernannt worden, so bleibt sie, wenn sie eine neue Ehe eingeht, wie bisher von jeder vormundschaftlichen Verwaltung ausgeschlossen und diese steht nur den Vormündern der Kinder

zu. Dagegen behält sie wie im vorigen Falle den Nießbrauch der (ersten) Gesamtmasse ungeschmälert, ohne daß etwa ihr zweiter Ehemann daran theilhat. In diesem Falle also ist — aus dem vorher angegebenen Grunde d. h. im Hinblick auf die mögliche Beeinflussung der Wittwe durch ihren zweiten Ehemann — die Statuierung von wahren Vormündern für die minderjährigen Kinder noch nothwendiger als in dem vorhin angenommenen Fall, wo die Wittwe gleich nach dem Tode ihres ersten Mannes, also noch vor ihrer zweiten maligen Verheirathung, wenigstens auch Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder war, wenn auch nur in Gemeinschaft mit den osterwähnten zwei Mitvormündern resp. Beiräthen.

Daraus ergibt sich aber, wie wenig darauf Gewicht gelegt werden kann, daß die Wittwe eben in Folge der Zweitehe aufhört, eine solche zu sein, und daher auch nicht mehr den nur für Wittwen geltenden Rechtsbestimmungen unterworfen sein kann, wie wenig also daraus gegen die Weiterdauer der der Wittwe als solcher beigeordneten Mitvormundschaft auch über die Zweitehe hinaus etwas gefolgert werden kann.

Auch aus der bei Eingehung der Zweitehe für den parens binubus — also im unserem Falle der Mutter — und die (erstehelichen) Kindern auf Verlangen der Vormünder nöthigwerdenden Schichtung läßt sich keineswegs eo ipso eine nunmehr eingetretene Entbehrlichkeit des Instituts der Mitvormünder erweisen. Denn die Thatsache des Vorhandenseins eines minderjährigen Kindern zugehörigen Vermögens erfordert gerade in noch höherem Maße eine vormundschaftliche Verwaltung, die unter Anderem eben auch darauf zu sehen haben wird, daß die Sicherstellung der ausgemittelten Kindesanteile an der Gesamtmasse eine dauernde bleibt und letztere nicht etwa durch irgendwelche Handlungen des parens superstes eine Substanzschmälerung oder Verschlechterung erleiden. Fernerhin ist aber — wie das auch in der neueren Litteratur des ostsee provinziellen Privatrechts wiederholt anerkannt worden ist — zwischen der eigentlichen, faktischen Abtheilung oder Realtheilung mittelst Aufsehrung und der bloß quantitativen Festsetzung\*) und Sicherstellung der Kindesanteile wohl zu unterscheiden. Letztere, von der Art. 287 handelt, ist allerdings stets obligatorisch, mag die Gütergemeinschaft fortgesetzt werden oder nicht, erstere, von der in Art. 1828

---

\*) Vgl. Erdmann, System, Bd. III, § 207, S. 71 u. A. Zoerber: „Erbrecht bei zweiter Ehe nach livländischem Stadtrecht“ (Riga, 1899), § 4, S. 20. Von älteren Schriftstellern vgl. namentlich Bunge, liv- u. esthl. Priv. R. Bd. II, § 286, S. 120 ff. —

die Rede ist, nur, wenn sie von den Vormündern der Kinder verlangt wird. \*)

\*) Das zeigen uns die Worte: „ausgemittelt und sichergestellt“ in Art. 287 und „formliche Theilung“ in Art. 1828. Das Nießbrauchsrecht der Mutter am Kindesvermögen, incl. an den den Kindern an der Gesamtmasse gebührenden ideellen Anthellen wird durch die Wiederverheirathung derselben nicht im Geringsten tangiert, auch wenn eine Schichtung zwischen dem conjux binubus und seinen Kindern erfolgt. Und zwar ist es hierbei gleichgültig, ob eine Realtheilung d. h. Auskehrung (Art. 1828) oder eine bloße Fiktion und Sicherstellung der Kindesantheile stattgefunden hat, insofern auch erstere dem mütterlichen Nießbrauchsrecht keinerlei Abbruch thut. Was dagegen die vormundschafftliche Verwaltung des gesamten Kindesvermögens, also auch der in der ersten Gesamtmasse stehenden ideellen Anthelle der Kinder anbetrifft, so ist diese schon durch die Wiederverheirathung erloschen (Art. 287). Sie kann also im Fall der Realtheilung an den den Kindern ausgekehrten Theilen ebenso wenig als fortbestehend gedacht werden wie bei der bloß quotativen Anthellfiktion. Wird nun laut Uebereinkunft und mit waisengerichtlicher Genehmigung die Gütergemeinschaft auch über die zweite Ehe hinaus fortgesetzt, so könnte man hinsichtlich der mütterlichen Verwaltung auf den ersten Blick einen Widerspruch zwischen Artt. 1828 und 287 annehmen. Denn nach letzterem hört mit der Verheirathung ihre Vormundschafftverwaltung in jedem Fall auf, nach ersterem dagegen kann sie bestehen bleiben, wenn die Gütergemeinschaft laut Uebereinkunft der Interessenten auch in der zweiten Ehe fortgesetzt wird. Mit der Gesamtmasse aber verwaltet sie zusammen mit den Mitvormündern doch auch die darin stehenden ideellen Anthelle der Kinder. Allein letzteres ist eben bei der Zweitehe nicht der Fall. Das Erlöschen der mütterlichen Vormundschafft und der damit verbundenen Verwaltung ist eben ein dauerndes und wird durch die in der Folge verabredete Weitererstreckung der Gütergemeinschaft über die zweite Ehe hinaus nicht wieder rückgängig gemacht. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft läßt sich eben auch unabhängig von einer gleichzeitigen (vormundschafftlichen) Verwaltung denken. Außerdem geht Artikel 1828 gleichmäßig auch auf den zum zweitenmal heirathenden Vater, auf den Art. 287 ohnehin unanwendbar wäre, weil letzterer die Vormundschafft im Gegensatz zur mater binuba behält. Und ebenso würde Art. 287 auf die volljährigen Kinder eines jeden conjux binubus, die Art. 1828 doch unleugbar mitumfaßt, offenbar nicht passen. Endlich aber wurde schon früher gezeigt, daß sich Art. 1828 gar nicht mit dem Schicksal der mütterlichen Vormundschafft im Fall der Zweitehe der Wittwee beschäftigt, sondern vielmehr von der fortgesetzten Gütergemeinschaft eines parens binubus, also auch des Vaters handelt. Von einer wirklichen Antinomie zwischen Artt. 1828 und 287 ist also nicht die Rede. Zum Wenigsten verschwindet sie bei näherem Zusehen. —

Sind nun aber alle Kinder volljährig, so hat die mater binuba die alleinige Verwaltung und Vertretung der Gesamtmasse in demselben Umfang und mit denselben Rechten, also ohne Beiräthe oder gar Mitvormünder, wie zur Zeit ihrer Wittweenschaft. Die Zweitehe äußert also in diesem Fall gar keine Wirkung, es bleibt alles beim Alten, auch wenn die frühere Witt-

Wenn nun die Gütergemeinschaft auf beiderseitige Uebereinkunft hin über die zweite Ehe hinaus fortgesetzt wird, so ist eine Beaufsichtigung resp. Kontrolle der Mutter durch die Vormünder doch wieder nöthig, trotzdem daß Sicherstellung der Kindesanteile stattgefunden hat. Hat dagegen wirkliche Realtheilung, also Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft entweder auf Verlangen der Vormünder oder noch vor der Zweitehe nach freiem Willen der Wittwee\*) stattgefunden, so tritt wieder das oben angeführte Argument in Geltung: es müssen Vormünder bestellt werden, weil Minderjährige und diesen zugehöriges Vermögen vorhanden sind. Damit ist also bewiesen, daß die Schichtung an und für sich die Mitvormundschaft nicht nur nicht zu einem entbehrlichen Rechtsinstitut macht, sondern sie sogar noch zur ausschließenden Vormundschaft er-

wee ihrer Zeit nicht zur Vormünderin ihrer Kinder ernannt worden war. Denn das, was nach ltbländischem Stadtrecht für die mater hinuba erlischt, ist die Vormundschaft über ihre minderjährigen Kinder, nicht auch ihr zukünftiges Recht, das Sammtgut im Fall der Volljährigkeit ihrer Kinder allein zu verwalten und zu vertreten. Die Realtheilung (nicht auch die vorläufige Ausmittelung und Sicherstellung der Kindesanteile) ist aber mit der fortgesetzten Gütergemeinschaft unvereinbar, es kann nur die eine oder die andere stattfinden. Beide zusammen schließen einander aus. Sobald also realiter zwischen dem parens hinubus und seinen Kindern getheilt wird, ist die Gütergemeinschaft damit aufgehoben und wird sie fortgesetzt, so kann eine Realtheilung, ohne die Gemeinschaft zu zerstören, nicht stattfinden. Daraus deutet Art. 1828 selbst hin, wo die Auskehrung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft geradezu gegenübergestellt wird: ... „sie (d. h. die Realtheilung in Art. 1828 „förmliche Theilung“ genannt) kann nur... verlangt werden, aber ebenfogut... die Gütergemeinschaft, auch... fortgesetzt werden.“ Daß aber Art. 1828 sich nur auf eine wirkliche Realtheilung beziehen kann, erhellt am Besten aus einer Vergleichung dieses Artikels mit Art. 287, der bloß von einer Fixierung und Sicherstellung der Kindesanteile, nicht einer wirklichen Auskehrung derselben spricht und mit Art. 1832, der unter Verweisung auf Artt. 278, 279 und 287 gleichfalls nicht nothwendig eine Auskehrung der den minderjährigen Kindern gebührenden Anttheile verlangt, sondern auch eine quantitative Fixierung und Sicherstellung genügend sein läßt. Wer diesen Unterschied unbeachtet läßt und zwischen beiden Arten der Schichtung nicht unterscheiden will, der muß einen unlösbaren Konflikt zwischen den Artt. 287 und 1828 annehmen, da letzterer eine Schichtung im Fall der Wiederverheirathung nicht nothwendig und in jedem Falle stattfinden läßt, Art. 287 aber wohl. — Dieser m. G. n. so bedeutsame Unterschied zwischen beiden Arten der Schichtung wird von Gürgens: Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 48, S. 159, nicht gehörig beachtet, da er die Weiterdauer des Gemeinschaftsverhältnisses d. h. die Fortsetzung der Gütergemeinschaft über die zweite Ehe hinaus auch im Falle der Realtheilung mit den Kindern der ersten Ehe anzunehmen scheint. — Das Institut der Mitvormünder aber wird durch die zweite Ehe nicht geändert, vgl. unsere Textausführungen S. 561 ff.

\*) Vgl. Bunge, l. c. S. 118.

starken läßt. Entbehrlich wird sie im Grunde genommen erst mit eingetretener Volljährigkeit der Kinder, mit der sie ipso jure erlischt. —

Der zweite Ehemann aber hat, wie schon angedeutet wurde, an der Vermögensmasse der fortgesetzten Gütergemeinschaft gar keinen Antheil und keinerlei Rechte, nicht einmal ein Nutznießungsrecht. Er ist daher nicht befugt, die Ehefrau in der Ausübung der ihr diesbezüglich zuständigen Rechte, auch nicht einmal mittelst Berufung auf seine eheliche Gewalt zu hindern oder zu schmälern, mögen die Kinder volljährig sein oder nicht. Namentlich darf er sich bei Minderjährigkeit der Kinder etwaigen Verwaltungsakten der Vormünder nicht widersetzen oder etwa sich selbst vormünderische Verwaltungshandlungen anmaßen. Ja, nicht einmal kontrollieren darf er Verwaltungshandlungen der Vormünder oder im Fall der Volljährigkeit der Kinder die der Frau, geschweige denn dagegen Einspruch erheben. Weder die Vormünder noch die mater binuba brauchen sich also ihre diesbezüglichen Rechte durch den Ehemann auch nur im Geringsten verkümmern zu lassen, ohne daß es dabei einen Unterschied macht, ob die frühere Gütergemeinschaft fortgesetzt wird oder nicht. Wo aber die zum zweiten Mal heirathende Wittwee zur Vornahme irgend einer Handlung allein, ohne Konsens der Kinder resp. ihrer Vormünder nicht berechtigt ist, wo sie letztere also einholen muß, um dem Rechtsgeschäfte Gültigkeit zu verleihen, da vermag auch der eventuelle Hinzutritt des Ehemannes diesem Mangel keine Abhilfe zu verschaffen. Nie ersetzt der Hinzutritt des zweiten Ehemanns den Konsens oder die Mitwirkung der Kinder resp. ihrer Vormünder in den Fällen, wo jenenö́thig sind. —

In ähnlicher Weise gestaltet sich das rechtliche Schicksal der Mitvormundschaft resp. Beirathenschaft im Falle der zweimaligen Heirath der (beerbten) Wittwee nach esthländischem Stadtrecht: die früheren Mitvormünder der nach dem Tode ihres ersten Mannes zur Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder eingesetzten Wittwee werden in Folge der zweiten Ehe zu alleinigen Vormündern, denn die mütterliche Vormundschaft erlischt durch die Zweitehe für immer\*). War die Mutter nicht Vormünderin, so bleiben sie alleinige Vormünder der Kinder. Auch im Fall der über die zweite Ehe hinaus fortgesetzten Gütergemeinschaft — die ja auch dem esthländischen Stadtrecht bekannt ist\*\*) — hat die Mutter die vormundschaftliche Verwaltung

\*) Vgl. arg. Art. 287 zit.

\*\*) Vgl. Artt. 1845, 1857 §. 1., 1858, 1859 u. 1861.

des Kindesvermögens κατ'ἐξοχήν nicht, diese steht vielmehr ausschließlich den besondern Vormündern zu; wohl dagegen hat sie, wie auch früher, den Nießbrauch daran. Auch hier gilt es, daß nur eine wirkliche Realtheilung, nicht dagegen eine bloß quotative Fixierung und Sicherstellung der den minderjährigen Kindern zustehenden Antheile eine die fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen der mater binuba und ihren Kinder auflösende Wirkung zeigt und daß die Vormünder die Mutter zwar zu letzterer veranlassen müssen\*), erstere aber nicht fordern dürfen\*\*). Kommt es nun zur quotativen Fixierung und Sicherstellung der Kindesantheile (vgl. Artt. 287 und 1861), so wird zwar auch jetzt noch die Gütergemeinschaft fortgesetzt, falls die mater binuba es will, allein von der Verwaltung ist und bleibt sie ausgeschlossen, diese steht besondern Vormündern zu, die — mit der Mutter wenigstens — in der Verwaltung des Gesamtgutes nicht zu schaffen haben und auf letztere keinerlei Rücksicht — es sei denn in Fragen der Kindererziehung — zu nehmen haben. Daraus folgt, daß die Vormünder (Art. 287) in diesem Fall nicht Mitvormünder, sondern alleinige Vormünder, noch weniger also Beiräthe oder Rathsfreunde im Sinne von bloßen Rathgebern sind, deren Beziehung wie überhaupt Ernennung dem Ermessen der Mutter anheimgestellt wäre.

Aus Art. 186 in Verbindung mit Art. 1857 B. 1 läßt sich auch nicht etwa folgern, daß bei quotativer Ermittlung und Sicherstellung der Kindesantheile die zum zweiten Mal heirathende, die Gütergemeinschaft fortsetzende Wittwee, abgesehen von der Verwaltung der Gesamtmasse, auch die darin stehenden Kindesantheile verwalte. Denn Art. 1861 geht auch auf den überlebenden Vater, ja vielleicht vorzugsweise auf diesen. Jedenfalls sagt er nur ganz allgemein: der überlebende Gatte hat im Fall der Ermittlung und Sicherstellung der

\*\*) Vgl. Art. 287 mit Art. 1861.

\*\*) Vgl. Art. 1861 zit. — Es ist dabei gleichgültig, ob die Realtheilung eine bloße Aussage ist d. h. nur im Nachlaß des verstorbenen Gatten stattfindet oder ob sie in Gestalt einer vollkommenen Absonderung erscheint d. h. in der Weise, daß die Abtheilung sich über das Gesamtgut, mithin auch das Vermögen der mater binuba erstreckt, die Kinder also mit ihrem künftigen Erbtheil ganz abgefunden werden (Art. 1858). Zur Absonderung kann der überlebende Gatte nie gezwungen werden, zur Aussage wohl nur, wenn die Kinder volljährig sind (vgl. Art. 1859 mit Art. 1861). Uebrigens wird es nach estländischem Stadtrecht mehr Gelegenheiten zur Theilung geben, als nach livländischem, da nach ersterem die Wiederverheirathung des parens superstes nicht der einzige Grund ist, auf den hin letzterer zur Theilung gezwungen werden kann, vgl. Art. 1857.

Kindestheile den Nießbranch und die Verwaltung derselben; er spricht also keineswegs allein von der Mutter. Da nun zwar der Vater, wenn er eine zweite Ehe eingeht, Vormund und zwar alleiniger Vormund seiner Kinder bleibt,\*) die Mutter in demselben Falle aber nicht, vielmehr von derselben ganz ausgeschlossen bleibt,\*\*) die rechtliche Stellung beider Ehegatten mithin in die [dem Punkte] eine aneinander total entgegengesetzte ist, so konnte Art. 1861, wenn er nun einmal auf beide Ehegatten d. h. sowohl auf den verstorbenen, als auch den überlebenden Ehegatten Bezug nehmen und, ohne in die Breite zu gehen, eine möglichst kurzgefaßte allgemeine Regel aussprechen wollte, bei der von ihm gewählten Kürze der Ausdrucksform unmöglich diesen beiden Gegenständen sprachlich gerecht werden. Hätte er also gesagt: der überlebende Gatte hat die Verwaltung nicht, so wäre das für die Person des Vaters, der des Kindesvermögen auch im Fall der Zweitehe als Vormund weiter verwaltet, jedenfalls unrichtig gewesen. Auf die Person der überlebenden Mutter paßt es freilich auch nicht, wenn dem „überlebenden“ Ehegatten sans façon die Verwaltung des Sammgutes mit den den Kinder daran zustehenden und sicherstellten Antheilen zugesprochen wird. Allein Art. 1861 hatte eben die Wahl mit der von ihm gewählten Ausdrucksform die rechtliche Stellung entweder des Vaters oder der Mutter nicht zu treffen, und da er ersteren nicht unberücksichtigt lassen wollte, so kam es zu der Fassung, wie sie Art. 1861 zur Zeit aufweist. Dabei mochte sich der Gesetzgeber damit getröstet haben, daß der definitive Untergang der mütterlichen Vormundschaft wenigstens in Folge der Zweitehe von Art. 287 zit. mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht worden sei, die Allgemeinheit der Ausdrucksweise des Art. 1861 also jedenfalls in Art. 287 die nöthige Korrektur finde. Endlich aber und hauptsächlich ist die Zweitehe nicht der einzige Grund, der zur Theilung resp. Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft führen kann. Für den Fall der Minderjährigkeit der Kinder kommt nämlich noch die vom Ehemann in seinem Testament getroffene Anordnung einer sofortigen Theilung in Betracht\*\*\*). Hier würde kein Grund vorliegen, die Mutter von der Verwaltung der quantitativ ermittelten und sichergestellten Kindestheile ganz auszuschließen, wenn man ihr auch in dieser Hinsicht Vormünder zur Seite setzt. In diesem Fall also dürfte es doch wieder zutreffend sein, wenn Art. 1861

\*) Vgl. Art. 276.

\*\*) Vgl. Art. 287.

\*\*\*) Vgl. Art. 1857 P. 3.



die Verwaltung der Kindesheile dem überlebenden Gatten, also auch der Mutter zugestelt. Es wiederholt sich hier also ganz dasselbe Bild wie beim libländischen Stadtrecht. Ebenfowenig wie Art. 1828 dem Art. 287 widerspricht, so wenig läßt sich ein Widerspruch zwischen letzterem Artikel und Art. 1861 konstatieren. Daraus aber folgt, daß die zum zweiten Mal heirathende Wittwee aus Art. 1861 zit. nicht etwa das Recht ableiten kann, alleinige Vormünderin oder wenigstens Mitvormünderin ihrer minderjährigen Kinder zu sein und als solche die Verwaltung der Kindesanteile zusammen mit der übrigen in der fortgesetzten Gütergemeinschaft verfangenen Gütermasse für sich allein oder zusammen mit den Vormündern zu beanspruchen. Vielmehr ist und bleibt sie in Folge ihrer zweimaligen Heirath von jeder vormundschaftlichen Verwaltung ein für allemal ausgeschlossen. Die Vormünder also sind auch hier wahre und alleinige Vormünder der Kinder, nicht bloße Rathgeber, und sind als solche nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Mutter von jeglicher Antheilnahme an der Vormundschaftsverwaltung fern zu halten.

Rehren wir nur wieder zu den Landrechten zurück, so machen wir auch hier die Wahrnehmung, daß die von der Verwaltungsbefugniß der überlebenden Mutter handelnden und dem Abschnitt von der Erbfolge der Ehegatten eingereihten Gesetzesbestimmungen den Artikeln über die vormundschaftliche Verwaltung der Mutter\*) zwar dem äußern flüchtigen Anschein nach zu widersprechen scheinen, de facto aber nicht widersprechen. Es ist das zunächst an der Hand des Art. 1714, der sich auf das lib- und esthländische Landrecht bezieht, zu zeigen. Der angezogene Artikel lautet:

„Während des Wittweenstandes gebührt der beerbten Wittwe nicht nur die Verwaltung, sondern auch der Nießbrauch des ehemännlichen Nachlasses, ohne daß sie verpflichtet ist, darüber irgend Rechnung abzulegen, weder während der Minderjährigkeit der Kinder dem Waisengericht, noch auch ihren großjährig gewordenen Kindern selbst.“

Während nun Art. 281 von einem Weirath spricht, den die kompetente Waisenbehörde nach kurländischem Recht und nach esthländischem Landrecht der zur Vormundschaft über ihre minderjährigen Kinder tauglichen und mit der Uebernahme derselben einverstandenen Wittwee auf deren Bitte beordnet, und nach libländischem Landrecht letztere die Vormundschaft nicht anders als in Gemeinschaft mit zweien Mitvormündern führen läßt, die ihr obligatorisch — und zwar aus der Zahl der väter-

\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

lichen Verwandten — zur Seite gesetzt werden müssen, übergeht der angezogene Art. 1714 die Beirathschafft und Mitvormundschafft des Art. 281 ganz mit Stillschweigen und drückt sich nur ganz allgemein dahin aus, daß die beerbte Wittwee den Nießbrauch und die Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses, somit also auch der Kindesanteile an demselben hat. — Allein von einem eigentlichen Widerspruche kann hier schon um deswillen keine Rede sein, weil unter den Citaten zu Art. 1714 zit. auch auf die Artt. 280—282 Bezug genommen wird. Es ist hier offenbar ein Anwendungsfall der in Art. XX der Einleitung zum Th. III des Prob. R. enthaltenen allgemeinen Regel gegeben, wonach im Zweifel Widersprüche zwischen den einzelnen Bestimmungen des Provinzialkoder nicht anzunehmen sind, vielmehr Stellen, die einander zu widersprechen scheinen, eine dahin legende Auslegung erfahren müssen, daß entweder die eine durch die andere näher bestimmt und eingeschränkt, oder die eine Stelle als Regel aufgefaßt wird, von welcher die andere Stelle eine bloße Ausnahme bildet. Ersteres dürfte aber in unserem Fall angesichts der ausdrücklichen Verweisung auf Art. 281 gerade zutreffen. Art. 1714 will nur eine allgemeine, sowohl das esthländische, als auch das livländische Landrecht umfassende und zudem vorzugsweise auf die Erbfolge der Ehegatten unter einander bezügliche Regel aufstellen. Art. 281 dagegen regelt bloß eine Frage aus dem Vormundschaftsrecht d. h. betrifft die rechtliche Stellung der Wittwee als alleiniger Vormünderin resp. Mitvormünderin ihrer minderjährigen Kinder. Für diese Frage aber findet sich, wie gesagt, in Art. 1714 zit. eine Verweisung auf Art. 281 in Gestalt einer Allegierung neben andern Quellen auch der Artt. 280—282, die eine genauere Auskunft über diesen Punkt ertheilen. Was aber im Einzelnen das esthländische Landrecht anbetrifft, so ist das Schweigen des Art. 1714 über den im Art. 281 erwähnten Beistand der Wittwee auch schon deshalb nicht nur un-  
schädlich, sondern im Gegentheil durchaus folgerichtig, als dieser Beistand, dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 281 zufolge, als nicht obligatorischer Beirath gekennzeichnet wird, den die Wittwee, eben weil er nichts weiter als ein bloß fakultativer Rathgeber derselben ist, sich zwar ernennen lassen kann, aber nicht ernennen zu lassen braucht\*). Daher war es für das esthländische Landrecht ein an und für sich richtiger und dem Art. 281 nicht widersprechender Satz, wenn Art. 1714 einfach sagt: die Wittwee hat die Verwaltung. —

---

\*) Vgl. unsere Abhandlung, passim.

In Bezug auf das libländische Landrecht liegt die Sache scheinbar anders, aber eben auch nur scheinbar. Art. 1714 gesteht der Wittwee die Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses zu, Art. 282 gleichfalls, allein nur in Gemeinschaft mit einem oder zwei Mitvormündern, die, wie wir gesehen haben, wahre Vormünder, nicht bloß fakultative Rathgeber sind. Eine in Gemeinschaft mit Andern geführte Verwaltung ist aber doch immer eine Verwaltung. Von einer alleinigen Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses durch die Wittwee spricht aber Art. 1714 garnicht und kann es wohl auch angesichts des Vorhandenseins minderjähriger, des vormundschaftlichen Schutzes Dritter bedürftiger Kinder nicht thun. Die in casu concreto gewählte Fassung ist also im Grunde ungefährlich, sie kann in keinem Fall die Schlußfolgerung rechtfertigen, daß Art. 1714 im Gegensatz zu Art. 281 auch bei Minderjährigkeit der Kinder der Wittwee die alleinige Verwaltung gestattet. Setztgenannter Artikel spricht eine allgemeine Regel aus, der ausführlichere Artikel 281 schränkt die Allgemeinheit derselben ein. Der Anwendung der in Art. XX zit. der Einleitung zum Theil III des Provinzialkoder enthaltenen Auslegungsregeln steht also angesichts der erwähnten Verweisung des Art. 1714 auf Artt. 280—282 auch hier nichts im Wege. — Die Wittwee ist also nicht berechtigt, auf Grund des Art. 1714 die Beordnung der in Art. 281 erwähnten Mitvormünder abzulehnen, sondern muß sich im Gegentheil letztere sowie die Mitwirkung der Mitvormünder bei allen Verwaltungsgeschäften gefallen lassen. —

Wie mit dem esthländischen Landrecht, so verhält es sich auch mit dem kurländischen Recht. Art. 1772, der der beerbten Wittwee während Minderjährigkeit der Kinder die rechenchaftslose Verwaltung und den Nießbrauch des ehemännlichen Nachlasses einräumt, enthält nichts über die Beirathschaft der Wittwee. Trotzdem läßt sich auch hier aus den für das esthländische Landrecht geltendgemachten Gründen ein Widerspruch zwischen diesem und dem Art. 281, obschon eine Verweisung auf letztern in Art. 1772 zit. nicht stattfindet, keineswegs konstatieren. Denn der in Art. 281 auch mit Bezug auf das kurländische Recht erwähnte Beirath ist kein für die Wittwee obligatorischer Beistand, der ihr zur Seite gesetzt werden muß und den sie zu allen Verwaltungsakten resp. Dispositions-handlungen hinzuziehen muß, sondern ein bloß fakultativer Rathgeber, der ihr bloß auf ihre diesbezügliche Bitte beigeordnet wird und dessen unterlassene Zuziehung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts keinen Abbruch thut. Umsoweniger brauchte daher Art. 1772 der Rathsfreundschaft des Art. 281 Erwähnung zu thun. —

Für das Piltenische Landrecht gilt offenbar ganz dasselbe wie für

das übrige kurländische Recht. Darnach hat die Wittwee, wie aus Art. 1794 in Verbindung mit Artt. 1791 und 281 zu folgern ist, solange die Kinder noch nicht großjährig geworden sind und sie nicht zur zweiten Ehe schreitet, gleichfalls die Verwaltung, zu der sie zwar einen Rathsfreund als Stütze sich erwählen kann, aber nicht muß. Art. 281 zit. legt also auch der Wittwee des Pilten'schen Landrechts in Gestalt der daselbst erwähnten Beirathschaft keine Pflicht ob, sondern gewährt ihr ein bloßes Recht, das, an sich überhaupt selbstverständlich, von den die Erbfolge der Ehegatten behandelnden Artt. 1791—1800 überhaupt nicht erwähnt zu werden brauchte. —

Was nun nochmals das liv- und esthländische Stadtrecht anbelangt, so wurde schon darauf hingewiesen\*), daß der Beistand, den Art. 286 der beerbten Wittwee in Bezug auf die Verwaltung des gesamten Kindesvermögens resp. der Gesamtmasse verordnet, von letzterem mit dem Doppelausdruck: „Beiräthe“ und „Mitvormünder“ bezeichnet wird\*\*), ohne daß man es indeß hier mit Personen von verschiedener rechtlicher Stellung zu thun hätte und ohne daß dadurch dem Charakter dieses Beistandes als einer eigentlichen, wahren Vormundschaft irgendwie Abbruch getan wird. Für das Recht vor der Kodifikation vom J. 1864 wurde, gestützt auf einige ältere Quellen, bisweilen eine abweichende Ansicht über die juristische Natur des der Wittwee nach liv- und esthländischem Stadtrecht zur Seite gesetzten Beistandes vertreten, so namentlich von Bunge\*\*\*). Dieser Schriftsteller lehrt nämlich, wenigstens für das rigische Recht, so: wenn der Wittwee laut Testament des verstorbenen Eheannes die alleinige, rechen- schaftslose Vermögensverwaltung übertragen ist, so ist sie alleinige Vormünderin, verwaltet den Nachlaß als solche allein und bedarf keiner Mitvormünder; dagegen muß sie in allen „wichtigen“ Angelegenheiten den „Rath“ der nächsten Verwandten einholen. Hatte dagegen eine solche testamentarische Anordnung nicht stattgefunden, so führt die Wittwee die Vormundschaft mit Zugiehung der jetzt nothwendig werdenden Vormünder und in Gemeinschaft mit den beiderseitigen Verwandten. Bunge unterscheidet also zwischen den nächsten „Verwandten“ oder „Freunden“ als Rathsfreunden, die aber trotzdem obligatorisch sind, und den eigentlichen Vormündern der minderjährigen Kinder. —

\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

\*\*) Und zwar sind es zwei an der Zahl.

\*\*\*) Vgl. dessen liv- und esthl. Priv. R., Bd. II, § 284, C. 114.

Die Quellen, auf die sich Bunge stützt, sind das rigische Stadtrecht und die rigische Vormünderordnung vom J. 1491, die sich auch unter den Quellenzitaten zu Art. 286 zit. finden. Aus dem rigischen Stadtrecht allegiert Bunge B. IV, Tit. 5, § 1 sowie B. III, Tit. 1, § 1. Von diesen besagt die erste Stelle:

„Eine Wittibe, die unverändert bleibt, kann zu keiner Abtheilung mit ihren Kindern gezwungen werden; jedoch soll Sie ihre Haushaltung und Nahrung, mit Einrathen ihrer Kinder Vormündern und beiderseits Verwandten anstellen.“

Die zweite Stelle lautet:

„Beede annoch lebende Eheleute, Mann- und Weibes-Bild, mögen ihre Kinder, Söhne und Töchter, nach ihrem Willen verheirathen und aussteuern. Stirbe aber der Vater, so ist die überlebende Mutter vor sich allein nicht bemächtigt, eine Wittibe, Jungfrau oder unmündigen Gesellen, die ihre Kinder sind, zu verloben, noch an Jemanden zu vermählen; besondern solche Ehefestungen sollen mit Einrathen und Vorbewußt der anwesenden beiderseits nächsten Freunden, von Vater und Mutter wegen, beredet und vollzogen werden.“

Die erste von diesen Stellen scheint allerdings zwischen den beiderseitigen nächsten Verwandten und Vormündern zu unterscheiden, die zweite dagegen spricht nur von den beiderseitigen nächsten „Freunden“ und behandelt zudem nur einen bestimmten Fall, nämlich das Recht der Eltern, ihre Kinder zu verloben oder zu vermählen, das der überlebenden Mutter nur mit „Einrathen und Vorbewußt“ der beiderseitigen „nächsten Freunde“ zugestanden wird. Da diese Rathsertheilung und der „Vorbewußt“ obligatorischer Natur sind, so möchte schon daraus hervorleuchten, daß die „Freunde“ hier soviel wie wirkliche Vormünder sind\*). —

Aus der rigischen Vormünderordnung zitiert Bunge in Note i der angezogenen Stelle seines Liv- und esthländischen Privatrechts die §§ 2, 3 und 11 \*\*). Der erste dieser §§ befreit allerdings die testamentarisch zur alleinigen Vormünderin ernannte Mutter von jeder waisengerichtlichen Bestätigung, allein gleich der folgende § 3 zeigt, was es für eine Bewandniß damit hat. Denn trotzdem muß die überlebende Mutter vor dem Waisengericht (den „Waisenherrn“) erscheinen und

\*) Auch Napier'sky, Die Morgengabe des rigischen Rechts, S. 18, der sich allerdings auf andere Quellen stützt, nämlich die älteren rigischen Statuten V, 16, spricht von Vormündern und Verwandten der Kinder, an deren Rath die den Nachlaß verwaltende Wittwe gebunden sei.

\*\*) Art. 281.

daselbst die feierliche Erklärung abgeben, daß sie zwar die Vormundschaft über ihre minderjährigen Kinder allein übernehmen werde, allein nicht ohne stets und überall den Rath der nächsten „Freunde“ ihres verstorbenen Mannes einzuholen. Bezeichnender aber als die beiden ersten §§ ist der § 11:

„Wo aber hocherlebte Eltern sehend, die bei ihren Lebtagen die Kinder mit dem, wozu sie berechtigt, versehen, und dann der Vater es also durch ein Testament oder letzten Willen geordnet hätte, daß die Wittwe nach seinem Tode alles dasjenige, so übrig, allein verwalten möchte, die selbe soll nach erhaltener Bestätigung des Testaments, so lange sie ihren Wittweenstand nicht verändert, noch ihren Kindern oder derselben Güthern ganz und überaus schädlich und verthunlich vermerket wird, bey solcher Verwaltung gelassen, und mit ob- und nachgeschriebenen Vormünder-Pflichten der Rechnung und Vieserung halber verschont werden, doch daß sie in allen vorfallenden wichtigen Sachen der erkorenen Freunde Rath brauche und folge.“

Aus diesen beiden §§ geht hervor, daß die „erkorenen nächsten Freunde“, eben weil sie von der Mutter gehört und gefragt werden müssen, die Stellung von Mitvormündern haben, ohne deren Einwilligung jeder Verwaltungsakt ungültig resp. anfechtbar wäre. Beide Paragraphen sagen somit ein und dasselbe, die Uebereinstimmung zwischen ihnen ist eine vollständige.

Die „erkorenen nächsten Freunde“ der soeben zitierten Stellen der rigischen Vormünderordnung sind aber auch identisch mit den „nächsten Freunden“ in B. III, tit. 1, § 1 des rigischen Stadtrechts, die, wie wir sahen, gleichfalls den Charakter von Mitvormündern haben. Nur die andere Stelle aus dem rigischen Stadtrecht (Bd. IV, tit. 5, § 1) paßt in das sozusagen geschlossene System der bisher allegierten Quellenstellen nicht hinein. Allein einmal mag es bloße Tautologie, keine Unterscheidung sein, wenn es in dieser Stelle heißt: Vormünder und Verwandte. Vielleicht sollte damit nur gesagt werden: Vormünder, die aus der Zahl der nächsten Verwandten zu nehmen sind. Zweitens aber konnte es sich um ein redaktionelles Versehen in der Fassung des Gesetzes handeln. Aus den andern von Bunge angeführten Beweisstellen aber läßt sich jedenfalls eher das Gegentheil von dem, was Bunge beweisen will, herauslesen d. h. nicht, daß die im Testamente zur alleinigen Vormünderin genannte Wittwe die Vormundschaft allein führen darf, also ohne Mitvormünder, sondern umgekehrt, daß sie solcher Mitvormünder gerade durchaus bedarf, sowie ferner, daß, nach rigischem Stadtrecht wenigstens, die Wittwe nicht etwa außer den Mitvormündern noch obligatorische Raths-

freunde zur Seite zu haben brauchte. Denn obligatorische, nicht bloß fakultative Rathsfreunde waren eben wohl schon damals wirklichen Vormündern gleichzuachten, und diese hatte sie ja schon ohnehin. Auch die Artt. 2 und 3 B. III, tit. 1 des rigischen Stadtrechts lassen sich zum Beweise dafür anführen, daß die „Freunde“ der beerbten Wittwee keine Rathgeber, sondern wahre Vormünder sind. So verordnet Art. 3 zit., daß eine Wittwee oder Jungfrau „ohne ihrer Vormünder und Freunde Raht“ sich nicht verloben dürfe, bei Strafe der Ungültigkeit des Verlöbnißes.

Der vorhergehende Art. 2 dagegen belegt mit Strafe der Ausfiedlung, wer eine Wittwee oder Jungfrau ohne „Vorwissen und Willen ihrer Freunde“ zur Ehe beredet oder „entführt“. Weßhalb ist in Art. 3 von „Vormündern“ und „Freunden“, in Art. 2 dagegen nur von Freunden die Rede? Offenbar erklärt sich das so: die Vormünder in Art. 3 sind mit Bezug auf die Wittwee gemeint, die, wenn sie beerbt ist und die Kinder noch minderjährig sind, allerdings stets Vormünder nöthig hat. Die Freunde im selben Artikel dagegen gehen wohl auf die Geschlechtskuratoren der Jungfrau, die früher auch „Rathsfreunde“, „Freunde“ oder „Gefreundte“ genannt wurden. Wenn dagegen Art. 2 nur von den Freunden spricht, so liegt die Vermuthung nahe, daß bei der in den damaligen Zeiten üblichen weniger präzisen Gesetzesprache der Ausdruck „Freunde“ als Kollektivbezeichnung für Geschlechtskuratoren, Rathsfreunde und Vormünder gebraucht wurde, was umso eher möglich war, als diese Personen entweder aus den nächsten Verwandten oder den Freunden der Jungfrau resp. der Ehegatten genommen zu werden pflegten. — So wie also — wenigstens vom Standpunkt des heutigen Rechts aus — die Wittwee auch aus den im Vorhergehenden angeführten Quellenstellen das Recht der alleinigen Vormundschaftsverwaltung, ohne Mitvormünder, nicht herzuleiten vermag, auch wenn sie im Testament des verstorbenen Mannes zur Vormünderin oder gar zur alleinigen Vormünderin der minderjährigen Kinder ernannt worden ist, so wenig ist sie andererseits verpflichtet, außer den Mitvormündern noch eine Beordnung von Rathsfreunden zu dulden. Denn wie aus dem Einführungsakus zum Theil III des Provinzialrechts der Ostseeprovinzen vom 12. Nov. 1865 mit Recht gefolgert wird, handelt es sich bei der Kodifikation nicht um eine bloße Sammlung der ältern Rechtsquellen, deren Auffinden durch Herausgabe der Kodifikation vom J. 1864 nur erleichtert werden soll, sondern um eine Kodifikation seitens der gesetzgebenden Gewalt und zwar mit der Absicht, die bisherigen Rechtsquellen authentisch zu interpretieren\*). Art. 286.

\*) Vgl. Erdmann, System, Bd. I, § 2, S.

Th. III des Prob. R. aber setzt nach lib- und esthländischem Stadtrecht expressis verbis der beerbten Wittwe zwei Mitvormünder auch in dem Fall zur Seite, daß sie im Testament ihres verstorbenen Mannes zur Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder ernannt worden ist\*), ohne dabei zu unterscheiden, ob es eine Ernennung zur alleinigen Vormünderin oder einfach zur Vormünderin war. In diesem Sinne hat die Kodifikation jene Stellen aus den Statuten des rigischen Stadtrecht interpretiert und diese — mithin authentisch gewordene — Interpretation hat im Wortlaut des Art. 286 zit. einen so klaren Ausdruck gefunden, daß ein Zweifel überhaupt nicht gut möglich ist\*\*\*). Allerdings kann es sein, daß der verstorbene Ehemann seine Frau nominatim zur alleinigen Vormünderin seiner minderjährigen Kinder ernannt hat. Allein die gesetzlich nun einmal notwendige Beordnung von Mitvormündern nach seinem Tode kann er auch auf diesem Wege nicht verhindern. Art. 286 zit. ist also insofern zwingendes, nicht dispositives Recht. — Man könnte aber schließlich den Art. 286 auch dahin verstehen, daß die Mitvormünder der Wittwe gleichzeitig auch obligatorische Rathsfreunde speziell für ihre Person seien, deren Hinzuziehung seitens der Wittwe ihre diesbezüglichen Verwaltungsakte, vor Allem aber ihre sie selbst persönlich betreffenden Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte erst zu wirklich gültigen mache. Dem würde aber sofort entgegenstehen, daß die Rathsfreunde, wie im bisherigen Verlauf dieser Abhandlung dargethan worden ist, niemals für die Wittwe obligatorisch sind, sondern als bloße Rathgeber von ihr befragt oder hinzugezogen werden können, ohne daß ihre Zuziehung oder Nichtzuziehung auch nur den geringsten Einfluß auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ausübt, obligatorische Rathgeber aber eine contradictio in adjecto wären. Darnach bleibt also nichts übrig, als in den Beiräthen des Art. 286 — wie das schon hervorgehoben wurde — eben nur fakultative Rathgeber zu sehen, zu deren Hinzuziehung die beerbte Wittwe zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, ein Satz, der an und für sich als selbstverständlich erscheint. Denn nicht nur die Wittwe, sondern jede Frauensperson, also auch die Jungfrau hat das Recht, sich einen Rathsfreund

\*\*) Vgl. auch Gürgens, Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 44, S. 145 u. Erbmann, System, Bd. III, \* 207, S. 69 f.

\*\*\*) Was übrigens das esthländische und zwar speziell das reval'sche Stadtrecht anbelangt, so sagt Bunge in seinem lib- u. esthl. Priv. R. Bd. II, § 291, S. 134, Note 13 selbst, daß eine „notwendige“ Bestellung von Vormündern für die Wittwe in Reval nicht stattfindet, sondern die beerbte Wittwe in der Regel sich selbst einen oder zwei Beiräthe zu wählen „pflege“, die auf ihr „Gesuch“ vom vorführenden Bürgermeister namens des Rathes bestätigt würden.



zu erbitten und denselben in casu concreto zu ihren Rechts-handlungen hinzuzuziehen. —

Nachdem so die rechtliche Stellung des oder der Rathsfreunde der Wittwee — und zwar vorzugsweise der beerbten — im Gegensatz zu den Mitvormündern in allgemeinen Umrissen charakterisirt worden ist, kann nunmehr auf die einzelnen Fälle übergangen werden, wo die rathsfreundschaftliche Assistenz für das von der Wittwee vorzunehmende Rechtsgeschäft oder ihre diesbezüglichen Verwaltungsakte ein unerläßliches Erforderniß ihrer Gültigkeit bildet und wo sie nicht nöthig ist. Die genauere Abgrenzung der mütterlichen Kompetenzen hinsichtlich der Massenverwaltung und ihrer Vormundschaft über die minderjährigen Kinder gegenüber den Mitvormündern und Rathsfreunden wird sich damit auch von selbst ergeben.

An die Spitze ist der aus dem Theil III des Prov. Ns leicht nachweisbare Satz zu stellen, daß, wie auch in dem an früherer Stelle bereits angeführten Urtheil des rigaschen Landvogteigerichts ausgeführt wird, die Dispositionsbefugniß der Wittwee im Allgemeinen — also auch der beerbten — keinerlei wesentlichen Einschränkungen unterworfen ist und daß zur Gültigkeit der von ihr nicht als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder abgeschlossenen Rechtsgeschäfte von jeglicher Mitwirkung der Rathsfreunde abgesehen werden darf. Unbestritten und unbestreitbar gilt das zunächst für die ganze Reihe der durchaus nicht seltenen Fälle, wo das von der (beerbten) Wittwee abzuschließende Rechtsgeschäft überhaupt nicht oder wenigstens nicht in erster Linie das Vermögen, sei es den ehemännlichen Nachlaß, sei es ihr Sondervermögen oder die vereinte Gütermasse betrifft. Dahin gehört es z. B., wenn die Wittwee einen Dienst-, Verdingungs- oder Lieferungsvertrag abschließt. Zum rechtsgültigen Abschluß solcher Verträge braucht sie zweifellos keine Rathsfreunde geschweige denn Mitvormünder hinzuzuziehen, gesetzt auch, daß ihre Kinder noch minderjährig sind. Die Vormünder also können ihr hierbei in keiner Weise hindernd entgegenreten, ihre Handlungs- resp. Verfügungsfähigkeit wird also in dieser Hinsicht auch wegen der Existenz etwaiger Mitvormünder in keiner Weise eingeschränkt. Denn es handelt sich eben in diesen Fällen um keine Verfügung über den ehemännlichen Nachlaß. Daraus folgt aber natürlich, daß sie auch die aus solchen und ähnlichen Rechtsgeschäften originierenden Prozesse ganz allein ohne Rathsfreunde oder Mitvormünder führen kann, daß sie also sowohl aktiv wie passiv legitimirt ist und keines kriegerrischen Vormundes bedarf. Ueber ihr Sondergut ferner verfügt die beerbte Wittwee — einerlei ob die Kinder voll- oder minderjährig sind — vollkommen selbstständig, ohne an eine

Mitwirkung oder Zustimmung ihrer Kinder, der ihr auf ihre etwa Bitte beigeordneten Rathsfreunde oder, im Fall die Kinder noch minderjährig sind, der Mitvormünder gebunden zu sein, und zwar dürfte das für alle Statutarrechte gelten. Denn sie war dazu auf Grund ihrer allgemeinen Handlungsfähigkeit auch schon zu Lebzeiten ihres Mannes befugt. Fraglich erscheint das, wenn das Sondergut, über welches das betreffende Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, aus einem Immo- bil besteht. Denn zu Lebzeiten des Mannes konnte — wie wir gesehen haben — die Ehefrau nur mit Genehmigung und rechtsgeschäftlicher Theilnahme des Mannes als ehelichen Beirathes ihre Sondergutsimmobilien veräußern oder belasten\*). Also müßte man eigentlich annehmen, daß auch die beerbte Wittwe — sei es nun, daß ihre Kinder minderjährig oder volljährig sind, daß sie zur zweiten Ehe schreitet oder nicht — hierzu der Zustimmung resp. Mitwirkung ihrer Kinder resp. deren Vormünder bedürfte, da die Kinder nach Art. 1822 eben an Stelle des verstorbenen Parens — wenigstens nach livländischem Stadtrecht — treten. Allein einmal bezieht sich letzteres zuverlässig nicht auf die Verwaltung der Gesamtmasse resp. des ehemännlichen Nachlasses, von der das Provinzialrecht die volljährigen Kinder stets, die minderjährigen wenigstens nach einigen Statutarrechten ausschließt, und die lediglich dem überlebenden Ehegatten — in unserem Fall der Wittwe — zusteht, sondern will, wie bereits früher bemerkt wurde\*\*), wohl nur das besagen, daß die in der Haus- resp. Familiengemeinschaft durch das Ausscheiden des einen Parens entstandene Lücke durch die nachbleibenden Kinder ausgefüllt wird, indem letztere mit dem überlebenden Parens — wenn dieser es will — den Beisitz d. h. das Eigenbleiben im Nachlaß des Ehemannes resp. der Gesamtmasse im Verein mit dem parens superstes ganz so fortsetzen können, wie früher der verstorbene Gatte. Nicht dagegen soll damit gesagt sein, daß die Kinder genau die rechtliche Stellung des verstorbenen Parens und zwar in jeder Hinsicht einnehmen d. h. dieselben Befugnisse haben wie dieser\*\*\*). —

Am Klarsten zeigt sich das an der fortgesetzten Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts, von der bereits früher ausführlicher gehandelt werden ist. Und zweitens bezieht sich jenes Anstellerücken wohl

\*) Vgl. Art. 29 u. überh. unsere frühern Ausführungen. —

\*\*) Vgl. diese Abhandlung passim.

\*\*) Vgl. die Bwingtonn'sche Präjudikatensammlung Bd. V, S. 118 in der Note.

auch noch auf das den Kindern an dem Nachlaß des verstorbenen Parens gebührende Miterbrecht, insofern als die sonstigen Blutsverwandten des verstorbenen Gatten an der Nachlaßmasse desselben erbrechtlich nicht partizipieren, sondern durch die Kinder ausgeschlossen werden. — Was nun wieder die daraus fließenden Rechte anbelangt, so tritt nach der auch in der Theorie — namentlich für die fortgesetzte Gütergemeinschaft — vertretenen richtigen Ansicht\*) umgekehrt der parens superstes an die Stelle des verstorbenen Gatten. Das Sondergut der Frau aber ist nach allen Statutarrechten von der Verwaltung oder Nutznießung des Mannes eximiert, folglich könnten schon deßhalb bei Vornahme von Rechtsakten an diesem Sondergut seitens der Wittwee die Kinder nicht an Stelle des verstorbenen Vaters getreten gedacht und aus diesem Grunde auch die Mitwirkung der Kinder oder ihrer Vormünder bei Veräußerung der dazu gehörigen Immobilien an Stelle der früheren ehemännlichen Assistenz nicht verlangt werden. Wenn nun also nach jener in der Theorie vertretenen Ansicht der überlebende Gatte in der angegebenen Beziehung wirklich die Stellung des verstorbenen Parens und zwar stets des Mannes einnimmt, mithin also auch die Wittwee insofern an die Stelle des verstorbenen Ehemannes tritt, so müßte sie es auch in Bezug auf das letzterem zustehende Recht, zur Veräußerung oder Belastung eines ihr gehörigen Sondergutsimmobilis in ehemännlicher Assistenz seine Zustimmung zu ertheilen und die betreffende Urkunde als ehelicher Assistent oder Beirath mitzuunterzeichnen. Alsdann würde aber dies Recht der Zustimmung resp. Mitwirkung auf sie selbst übergehen, so daß sie, die rechtliche Stellung des Ehemannes einnehmend, gleichsam sich selbst die Zustimmung zu ihrer eigenen Handlungen geben würde. Sich selbst zu seiner eigener Handlung kann man aber weder die Zustimmung ertheilen noch dieselbe verweigern. Da nun also, gerade was das Sondergut der Wittwee anbetrifft, die gedachten rechtlichen Beziehungen des Ehemannes zu letzterer durch seinen Tod sich den ihr schon zu Lebzeiten des Mannes daran gebührenden (im Uebrigen unbeschränkten) Befugnissen hinzugesellen und in ihrer Hand vereinigt werden, so dürfte schon das dafür sprechen, daß die Wittwee zur wirksamen Veräußerung, Verpfändung oder sonstigen Belastung ihrer Sondergutsimmobilien der Zustimmung oder Mitwirkung weder ihrer Kinder resp. deren Vormünder, noch eines sonstigen speziellen Beirathes oder Rathsfreundes noch endlich ihres eventuellen zweiten Ehemannes bedarf, diese Akte vielmehr auch ohne dem, auch wenn die Wittwee sie ganz allein vornimmt, rechtswirksam sind. Für die auf diese Weise sich ergebende Unanwendbarkeit der im Art. 29 enthaltenen Vorschrift auf die Person der Wittwee lassen sich aber auch noch andere Argumente

\*) Vgl. diese Arbeit passim.

anführen. So namentlich die Vergleichung mit den der Wittwee an den in die Ehe inferierten oder an den durch eheliche Errungenschaft erworbenen Immobilien zustehenden Verfügungsbefugnissen — ein Punkt, auf den wir bald wieder zurückkommen werden. Durchweg nämlich gestattet die baltische Kodifikation der Wittwee eine Veräußerung oder Belastung solcher Immobilien nur mit Zustimmung resp. Mitwirkung ihrer Kinder oder deren Vormünder, während hinsichtlich der Sondergutsimmobilien an keiner einzigen Stelle davon die Rede ist, daß sie von der Wittwee nicht anders als mit Genehmigung und unter Mitwirkung der Kinder, deren Vormünder bei Minderjährigkeit derselben oder endlich in Assistenz etwaiger besonderer Rathsfreunde oder Beiräthe veräußert oder belastet werden dürfen. Da man nun aber nicht daran denken kann, jenes Verbot einer selbstständigen, schrankenlosen Verfügungsbefugniß mittelst der Analogie auch auf die Verfügung der Wittwee über Sondergutsimmobilien auszu dehnen, bei denen die Verhältnisse doch wesentlich anders liegen, so muß man offenbar annehmen, der Gesetzgeber habe jene Beschränkung hinsichtlich der Verfügungsakte der Ehefrau über die Sondergutsimmobilien für die Person der Wittwee jedenfalls nicht aufrechterhalten wollen. — Nimmt ferner die Wittwee schon in ihren Verfügungshandlungen über die zum Mitatengut gehörigen oder die auf dem Wege der ehelichen Errungenschaft erworbenen Immobilien eine im ganzen so freie, unbehinderte Stellung ein, um wieviel mehr muß das nicht bei den ihr als Sondergut zugehörigen Immobilien der Fall sein!? Und wollte man die Wittwee über ihr Sondergut in der gedachten Beziehung wirklich nicht allein disponieren lassen, sondern nur mit Hilfe und unter Mitwirkung eines Assistenten, so würde sich ein solcher eben garnicht beschaffen lassen und könnte von der Wittwee jedenfalls immer abgelehnt werden. Denn wer sollte wohl ihr Assistent sein? Der etwaige Mitvormund der Kinder jedenfalls nicht, da diese mit dem Sondergut der Wittwee nichts zu thun hatten resp. haben, letzteres also der vormundschaftlichen Verwaltung in keiner Weise unterliegt und der Rathsfreund auch nicht, da das Gesetz nirgends sagt, die Wittwee bedürfe eines solchen zu irgend welchen Dispositionen über ihr Sondergut, zudem aber der Rathsfreund bloßer Rathgeber wäre. Demnach fordert es schon die einfache Konsequenz, jede der Ehefrau hinsichtlich ihres Sonderguts noch anhaftende Beschränkung ihrer Handlung- resp. Geschäftsfähigkeit — wie sie sich noch in Art. 29 für alle Statutarrechte findet — für die Person der Wittwee fallen zu lassen, gedachten Art. 29 mithin für letztere einfach zu streichen\*).

\*) Vgl. diese Abhandlung, passim. Diese Auffassung war auch in der Praxis der Rigaschen Stadtgerichte vertreten, vgl. die Zwingmannsche Sammlung, Bb. VI, S. 93 in der Note.

Und so wie mit den Veräußerungs- oder Belastungsgeschäften verhält es sich auch mit den aus irgend welchen Rechtsverhältnissen an den Sondergutsimmobilien zwischen der Wittwee und einem Dritten originierenden Rechtsstreitigkeiten, zu deren Führung die Wittwee keinen Beirath hinzuzuziehen braucht, sondern die sie ganz selbstständig führt. (So auch für das frühere Hamb. Recht Baumeister, § 85, S. 125). —

Dieselben Grundsätze gelten, wenn die Wittwee ein Sondergutsimmobilien ihren Kindern veräußert. Es kommt nur hinzu, daß der legislative Grund, weshalb bei einer Veräußerung an den Ehe Mann die Ehefrau eines Assistenten mit der Eigenschaft eines Rathsfreundes unbedingt bedarf\*), nämlich die auf die Inferiorität des weiblichen Charakters und die geringere Geschäftskenntniß der Frau gegenüber der größeren Energie und größeren Geschäftskundigkeit des Mannes gegründete Besorgniß, der Mann werde das eheliche Band dazu benutzen, die ohnehin mehr nach dem Gefühl urtheilende Frau zu ihr unbortheilhaften Konzeptionen zu bewegen, für das Verhältniß zwischen der Wittwee und den Kindern offenbar nicht mehr zutrifft. Auch jetzt braucht die Wittwee für ihre Person einen Rathsfreund — geschweige denn einen Mitvormund oder alleinigen Vormund — nicht hinzuzuziehen. Zuverlässig nicht, wenn die Kinder volljährig sind. Ebenso aber auch im Falle ihrer Minderjährigkeit. Denn obgleich jetzt die Mitwirkung der etwaigen Mitvormünder oder Vormünder unerläßlich sein wird, so sind diese doch nicht für die Person der Wittwee, sondern nur für die der minderjährigen Kinder erforderlich, denen die nöthige Dispositions befugniß eben mangelt. —

So wenig nun der legislative Grund des Art. 30 für die Person der Kinder zutreffend ist, so sehr scheint das mit der in Art. 29 behandelten Veräußerung oder Belastung etwaiger Sondergutsimmobilien abseiten der Wittwee der Fall zu sein. Denn offenbar kann man hier ebenso auf den großen und unmittelbaren Einfluß hinweisen, den die Immobilialveräußerung oder -Belastung auf den Vermögensstatus der Wittwee und insbesondere auch auf das Erbrecht der Kinder hat, wie das an einer früheren Stelle in Bezug auf die Person der Ehefrau geschah. Allein angesichts der übrigen vorhin dargelegten, gegen die Anwendbarkeit der in Art. 29 angeordneten ehemannlichen Assistenz sprechenden Argumente muß die Gleichheit des legislativen Grundes in beiden Fällen hier ganz entschieden in Abrede gestellt werden. Denn die namentlich in der ältern gemein-

\*) Arg. Art. 30.

rechtlichen Litteratur hin und wieder vertheidigte Regel: „Ubi eadem legis ratio, ibi eadem lex“ sowie ihr Seitenstück, nämlich der Satz: „Cessante ratione legis cessat lex ipsa“ \*) sind eben häufig unzutreffend und so gerade auch in diesem Fall.

Auch die Assistenz ihres zweiten Ehemannes braucht die mater binuba, wie schon angedeutet wurde, sich in der genannten Hinsicht nicht gefallen zu lassen, denn wenn jener schon zu den Illatenimmobilien wie zu allem noch aus der ersten Ehe stammenden Illatengut seiner Frau in gar keinen rechtlichen Beziehungen steht und daran gar keine Rechte hat, nicht einmal das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Frauengutes, das dem ersten Ehemann immer zusteht, umsoviel weniger wird er irgend welche Rechte — und sei es auch nur das in Art. 29 dem Ehemann zustehende Recht der Zustimmung und Mitwirkung, Veränderung oder Belastung von aus der ersten Ehe stammenden Sondergutsimmobilien — an dem immobilaren oder mobiliaren Sondergut der von ihm geheilichten Wittwee beanspruchen können (falls das Sondergut eben nur wirklich schon in ihrer ersten Ehe Sondergut war und nicht etwa erst in der Zweitehe dazu geworden ist) und zwar an eben diesem Sondergut, woran auch dem ersten Ehemann, wenn es sich um bewegliche Objekte handelte, gar kein Recht, wenn das Sondergut aber ein Immobil war, nur das eine in Art. 29 ausgedrückte Recht zustand. —

So viel vom Sondergut. Wie aber, wenn es sich um Dispositionen der Wittwee über Illatengut oder über einzelne zum ehemännlichen Nachlaß gehörige Vermögensstücke handelt? Ist sie darin selbstständig oder bedarf sie der Mitwirkung von Rathsfreunden oder gar Mitvormündern? Die Beantwortung dieser Frage erledigt sich im Ganzen ziemlich einfach. Nach allen denjenigen Statutarrechten nämlich, die der Wittwee hinsichtlich der Verwaltung beider Vermögensmassen Beiräthe oder Rathsfreunde als bloß fakultative Rathgeber beordnen und sie zu deren Befragung resp. Hinzuziehung bloß berechtigen, nicht aber verpflichten\*\*), braucht sie zu den einzelnen, innerhalb des Rahmens einer eigentlichen Vermögensverwaltung sich bewegenden Verwaltungshandlungen, falls sie die Verwaltung unter Ausschluß jeglicher Mitvormünder allein führt, solche Rathsfreunde oder Beiräthe nicht hinzuzuziehen, vorausgesetzt auch, daß die Kinder noch minderjährig sind. Denn die nach den Landrechten der Wittwee zur Seite gesetzten Beiräthe sind eben — wie das im esthländischen und furlän-

\*) Vgl. Thibaut: System des Pandektenrechts (8. Ausgabe) Bd. I (1834) § 52, S. 44.

\*\*) Es sind das die Landrechte, vgl. diese Abhandlung passim.

dischen Landrecht der Fall ist\*) — nichts weiter als Rathgeber derselben. Zu solchen Verwaltungshandlungen würden gehören: Umlage von Kapitalien, Kündigung und Einziehung ausstehender Schuldforderungen, Leistung und Entgegennahme von Zahlungen\*\*), Verpachtung von Landgütern, Vermiethung städtischer Immobilien, Bezahlung nothwendiger Schulden und endlich die weniger wichtigen Fälle, wie z. B. Verausgabungen zwecks Führung des gemeinsamen Haushaltes sowie Kontrahierung und Tilgung von Schulden in diesem Anlaß zc. Gleichgültig ist dabei, ob die genannten Verwaltungsakte nur das auch schon zu Lebzeiten des Mannes als *Peculium* vorhandengewesene und auch jetzt noch separate Kindesvermögen oder nur die den Kindern am Nachlaß des Vaters zustehenden ideellen Antheile betreffen: in keinem Falle bedarf die Wittwee hierzu der Zustimmung oder Mitwirkung von Rathsfreunden oder Beiräthen, sondern nimmt solche Handlungen mit voller Wirksamkeit ganz selbstständig vor. Allein trotz der in diesen Fällen allerdings zu konstatierenden rechtlichen Selbstständigkeit ihrer Handlungen und trotzdem, daß sie — wenigstens nach den Landrechten, das livländische Landrecht miteingeschlossen — von jeglicher Rechenschaftsablegung dem Waisengericht oder sonst Jemandem gegenüber befreit ist\*\*\*), so sind einer schrankenlosen Willkühr ihrerseits dennoch Riegel vorgehoben und zwar in der Weise, daß gewisse, dem Vormundschaftsrecht angehörende und zwar auf die Verwaltungspflichten der Vormünder bezügliche Rechtsvorschriften auch auf die Wittwee als alleinige Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder ausgedehnt und letztere in gewisser Hinsicht der Kontrolle des kompetenten Waisengerichts unterworfen wird. — Es werden hierher besonders die von der vormundschaftlichen Verwaltung handelnden Artt. 365—414 und 431—436 gehören. So muß die Wittwee wie jeder Vormund bei der Verwaltung dieselbe Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit wahrnehmen, die ein guter Hausvater in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet†), und haftet für jede Unterlassung dieser Sorgfalt††). Sie hat gewagte Geschäfte und unvortheilhafte Vergleiche zu unterlassen†††), das vorhandene baare Geld und alle Kapitalien sicher und verzinslich anzulegen, das Vermögen ihrer Kinder auf alle nur mögliche und gesetzlich

\*) Vgl. Artt. 281, 1772 und 1714.

\*\*) Vgl. Art. 398.

\*\*\*) Vgl. Art. 282 ztt. — Dieß Privilegium verliert sie nur durch die Zweitehe, vgl. Artt. 283 u. 284.

†) Vgl. R u n d e, ehel. Güterrecht, § 127, C. 285.

††) Vgl. Artt. 390 u. 431.

†††) Vgl. Art. 402.

erlaubte Weise zu vermehren\*), zu verbessern und sicher aufzubewahren\*\*), das unbewegliche Vermögen in gutem Zustande zu erhalten und jede Werthverminderung zu verhüten\*\*\*). Bewegliche Sachen, die ohne Schaden für die Substanz einer längern Aufbewahrung unfähig sind, muß sie sofort zu möglichst vortheilhaften Preisen verkaufen\*\*\*\*).

Handelt es sich aber speziell um Landgüter, so muß sie für gehörige Reparatur der Gebäude, Kultur der Felder, Erhaltung des Viehstandes und sonstigen Inventars †), Reparatur der Gebäude, gehörige Erhebung der Einkünfte, rechtzeitige Entrichtung der Abgaben und anderer öffentlicher Leistungen sorgen ††). Städtische Grundstücke und Gebäude muß sie in nutzbarem und baulichem Zustande erhalten, die Einnahmen einkassieren, die Abgaben und Steuern zeitig entrichten sowie die Nachlassschulden bezahlen †††). —

Wiewohl nun die Wittwee zu allen diesen Handlungen — wie gesagt — weder Beiräthe noch gar Mitvormünder hinzuzuziehen braucht, so hat sie doch zur Vornahme gewisser besonders wichtiger Verwaltungshandlungen in allen den Fällen die Genehmigung des Waisengerichts resp. der Obervormundschaftsbehörde einzuholen, wo solche für jeden Vormund erforderlich ist, so z. B. bei Veräußerung von dem Vererbten nicht unterliegenden Sachen und Immobilien†††), Verpachtung von Landgütern†\*), bei Entscheidung der Frage, ob ein in casu concreto ererbtes Handelsgeschäft oder Gewerbe weiter fortgeführt werden soll oder nicht †\*\*), beim Ankauf von Immobilien oder beim Erwerb von Dienstbarkeiten resp. andern Rechten zu schon vorhandenen Immobilien †\*\*\*), sowie bei Beleihung von Immobilien mit dem Gelde der Kinder ††\*). —

Für jegliche Deteriorationen des Kindesvermögens haftet sie wie jeder Vormund, dagegen ist sie darin günstiger gestellt als andere Vormünder, daß

\*) So z. B. durch Annahme von Schenkungen, Vermächtnissen und Erbschaften, (letztere aber nur mit der Rechtswohlthat des Inventars), vgl. Artt. 391 u. 401.

\*\*) Vgl. Artt. 391 u. 403.

\*\*\*) Vgl. Art. 392.

\*\*\*\*) Vgl. Art. 380.

†) Vgl. R u n d e, Güterrecht, § 127, S. 285.

††) Art. 393.

†††) Vgl. Artt. 395 u. 1773.

††††) Vgl. Artt. 381 u. 382.

†\*) Vgl. Art. 396.

†\*\*) Vgl. Art. 397 u. dazu Baumeister, Hamb. Priv. R. Bd. II, § 85,

S. 123. —

†\*\*\*) Vgl. Art. 399.

††\*) Vgl. Art. 404.



sie nicht nur von der Rechenschaftslegung \*) über ihre Verwaltung, sondern auch — wenigstens nach esth- und kurländischem Landrecht — von der Aufnahme eines Inventariums über den Bestand des den minderjährigen Kindern (Art. 365) gehörigen Vermögens bei Antretung der Vormundschaft befreit ist \*\*). Auch das Nutznießungsrecht am Kindesvermögen, das sich als Ausfluß des Elternrechts darstellt \*\*\*), unterscheidet die vormundtschaftliche Stellung der überlebenden Mutter von der der anderen Vormünder, entbindet sie aber andererseits auch nicht von der Haftung für verzögerte oder ganz und gar unterlassene verzinßliche Anlegung der Kindeskapitalien oder für leichtsinnige resp. gewagte Unterbringung derselben †). Eine weitere Garantie gegen leichtsinniges Umgehen der Wittwe mit dem von ihr verwalteten Kindesvermögen bietet Art. 1774 für das kurländische Landrecht, insofern nämlich bei Deteriorationen der ehemännlichen Nachlassgüter die Wittwe nicht nur zum Schadenersatz verpflichtet ist, sondern auch die Verwaltung verliert, die dann einer besondern Kuratel übertragen wird. Eine solche zu beantragen sind nicht nur die volljährigen Kinder berechtigt, sondern Namens der minderjährigen Kinder auch die nächsten Verwandten der letzteren oder der in Art. 281 genannte Beirath. Und andererseits dürfte sich die Bestimmung des Art. 1775 ohne Schwierigkeit auch auf das libländische Landrecht und das lib- und esthändische Stadtrecht ausdehnen lassen, wo den Mitvormündern den Wittwe zweifellos dasselbe Recht der Intervention und Beantragung einer Kuratel zugestanden werden muß. Eine vereinzelte Handhabe enthält noch Art. 1717 für das esthländische Landrecht: über die zum ehemännlichen Nachlaß gehörigen ausstehenden Schuldforderungen darf die Wittwe überhaupt nicht verfügen, auch

\*) Vgl. Artt. 282, 1714 u. 1772 Th. III des Prov. Rs, n. Baumeister, Hamb. Priv. R., Bd. II, § 85, S. 121 u. § 93, S. 187. So auch für das Recht vor der Kodifikation v. J. 1864 Theodor Seraphim in seinem zit. Aufsatz: „Die angebliche Alleinvormundschaft der Wittwe nach kurländischen Rechten“ in Jahrg. 1864 der „Balt. Monatschrift“, Jahrg. X, S. 500 ff. — Nach dem älteren deutschen Recht mußte sie zuweilen nicht nur ein Inventarium aufnehmen, sondern eventuell auch noch eine Art usufruktuarischer Kaution — im Hinblick auf den ihr zustehenden Nießbrauch — stellen, vgl. Runder, Güterrecht, § 112, S. 251 u. § 126, S. 283, § 132, S. 293. — Für das gemeine deutsche Priv. R. behauptet das u. A. auch Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 111, S. 678. Dagegen aber Hillebrand, l. c. S. 693, u. Gengler, Lehrb. des deutsch. Priv. Rs, Bd. II, S. 1125 f. —

\*\*) Vgl. Artt. 369 u. 370. — Anderer Ansicht für das Recht vor der Kodifikation v. J. 1864 ist Th. Seraphim l. c. S. 499. — Für das gemeine deutsche Priv. R. vgl. Maurenbrecher, Bd. II, § 551, S. 247, Note 9, Hillebrand l. c. § 189, S. 693, Phillips, l. c. Bd. II, § 144, S. 206, u. Baumeister, l. c. S. 120, (letzterer wohl hauptsächlich für das frühere Hamburger Recht). —

\*\*\*) Vgl. Artt. 272 u. 282 Th. III des Prov. Rs.

†††) Vgl. Art. 406. —

nicht einmal über die ihr im Falle der Theilung gebührende Quote \*), so z. B. keine Session derselben vornehmen. Diese Vorschrift ist so absolut gehalten, daß man sie wohl als eine wahre *lex perfecta* auffassen darf, demnach also Nichtigkeit einer diesbezüglichen Verfügung annehmen muß, auch wenn die Wittwee zu diesen und ähnlichen Rechtsakten einen oder mehrere Rathsfreunde hinzuziehen resp. sich deren Zustimmung versichert haben sollte. Demselben Artikel zufolge hat die beerbte Wittwee nach lib- und esthländischem Landrecht über die fahrende Habe unbeschränkte Verfügungsfreiheit. Sie kann also darüber durch Rechtsgeschäfte sowohl unter Lebenden als auch von Todeßwegen nach Gefallen disponieren, dieselbe verkaufen, verschenken, verpfänden zc., auch wenn die Kinder noch minderjährig sind, und bedarf hierzu der Mitwirkung weder eines Rathsfreundes noch eines Mitvormundes \*\*). — Wo dagegen — abgesehen von dem zuletzt genannten Fall des Art. 1717 in fin. — die Wittwee — falls sie von der Vormundschaft nicht etwa überhaupt ausgeschlossen ist — letztere zusammen mit Mitvormündern verwaltet, wie das nach libländischem Landrecht und nach esthländischem und libländischem Stadtrecht der Fall ist \*\*\*), da müssen außer den schon genannten noch die Rechtsbestimmungen über das Verhältniß mehrerer Mitvormünder zu einander zur Anwendung gelangen, wie solche in den Artt. 437—456 niedergelegt sind. Demzufolge hat die Wittwee nach den erwähnten Statutarrechten die Verwaltung der Vormundschaft über die minderjährigen Kinder gemeinschaftlich und ungetheilt mit den Beiräthen zu verwalten. Von dem in Art. 453 erwähnten Recht der mehreren Vormünder, die Vormundschaftsbehörde um Theilung der Verwaltungspflichten unter ihnen oder um ausschließliche Uebertragung derselben nur auf einen von ihnen †) zu ersuchen, wird die Wittwee für ihre Person wohl nicht Gebrauch machen dürfen, jedenfalls nicht in der Weise, daß sie um die ausschließliche Uebertragung der Verwaltung auf ihre Person nachsucht. Dem würden schon Artt. 281 in fin. und 286 strikt widersprechen, die beide der Wittwee die Verwaltung nur in Gemeinschaft mit zwei Mitvormündern — die in den Stadtrechten auch Beiräthe oder Rathsfreunde genannt werden — zugestehen, eine testamentarische Ernennung der Wittwee aber zur alleinigen Vormünderin nach dieser Richtung hin jeder Wirksamkeit entbehren dürfte. Da nun die Mit-

\*) Dagegen wird ihr diese Befugniß für das Recht vor der Kodifikation vom J. 1864 von Bunge, lib- u. esthl. Priv. R. Bd. II, § 271, S. 71 zugestanden.

\*\*) Cfr. Bunge, lib- u. esthl. Priv. R., Bd. II, § 271, S. 71. Erdmann, System, Bd. III, § 199, S. 36. —

\*\*\*) Vgl. Artt. 281 in fin. u. 286.

†) Vgl. Art. 453.

vormünder der Wittwee nach livländischem Landrecht und nach liv- und esthländischem Stadtrecht im Verhältniß zu jener keine andere rechtliche Stellung haben, wie die anderen Mitvormünder, so sind sie auch nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, auf die Verwaltungshandlungen der Wittwee zu achten, ungesetlichen Handlungen derselben zu widersprechen und letztere vorkommenden Falls als verdächtig der Waisenbehörde anzuzeigen\*). Ferner haften sie mit der Wittwee solidarisch für jeglichen, in Anlaß der Vormundschaftsverwaltung dem Pupillenvermögen etwa zugefügten Schaden\*\*), ohne daß die Wittwee hierbei eine privilegierte Stellung einnimmt. Vielmehr hat letztere sowohl in dieser wie in jeder anderen Hinsicht im Allgemeinen keine größeren Rechte als ihre Mitvormünder, mit alleiniger Ausnahme der sonst keinem Vormunde zustehenden Nutznießung des Pupillenvermögens und der Befreiung von der Rechenschaftsablegung. Eine Abweichung vom esthländischen Landrecht besteht darin, daß sie nach livländischem Landrecht über die zum Nachlaß des Ehemannes gehörigen ausstehenden Schuldforderungen nur bis zu dem Betrage verfügen darf, also z. B. durch Zession etc., der bei einer etwaigen Theilung auf sie entfallen würde\*\*\*), sowie daß sie bei Antritt der Vormundschaft zur Inventarserrichtung verpflichtet ist, (Vgl. Art. 370) während das liv- und esthländische Stadtrecht sie davon befreit, solange sie nicht zu einer zweiten Ehe schreitet†). Auch hier muß es wieder gelten, daß jedes Zuwiderhandeln den betreffenden Verfügungsakt nichtig macht, selbst wenn er unter Zustimmung und Mitwirkung der Mitvormünder erfolgt sein sollte. Andererseits aber verfügt die Wittwee über den auf sie entfallenden Theil mit vollster Rechtswirksamkeit, auch wenn sie ganz allein handelt. Denn sie unternimmt diese Verfügungshandlung nicht in der Eigenschaft als Vormünderin ihrer Kinder, sondern als präsente oder zukünftige Eigenthümerin resp. als Erbin. —

Besondere Beachtung verdienen die „wichtigen Angelegenheiten“ des Art. 286. Nach liv- und esthländischem Stadtrecht müssen nämlich diesem

---

\*) Vgl. Artt. 440 u. 455, dazu Erkenntniß des Rigaschen Vogteigerichts vom 25. Januar 1877, Nr. 15, bei Zwingmann, Bd. V, Nr. 746, S. 120, u. Gürgens, die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 46, S. 151, Note 4. Aehnlich auch für das gemeine deutsche Privatrecht, Runde, l. c. § 134, S. 298.

\*\*) Vgl. Art. 442.

\*\*\*) Vgl. Art. 1717.

†) Vgl. Art. 371, u. dazu Gürgens: Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 46, S. 150. — Vgl. auch v. Roth, System des Deutschen Privatrechts, Bd. II, § 111, S. 105, Stobbe, Handbuch, Bd. IV, § 241, S. 239, Gerber, System, § 236, S. 659, Note 4. —

Artikel zufolge — wie schon früher hervorgehoben wurde\*) — die beiden der Wittwee als Vormünder beigeordneten Rathsfreunde, mit denen zusammen sie die Verwaltung des Kindesvermögens inkl. der den Kindern am Gesamtnachlaß zustehenden ideellen Antheile für die Zeit ihrer Minderjährigkeit zu führen hat, von der Wittwee in „allen wichtigen Angelegenheiten“ zu Rathe gezogen werden, was nicht nur als bloß vorhergehende obligatorische oder etwa nur fakultative Befragung, sondern als unbedingt nothwendige Mitwirkung dieser Personen bei dem betreffenden Verwaltungsakte aufzufassen ist\*\*). Angesichts der Unbestimmtheit des Ausdrucks: „wichtige Angelegenheiten“ erhebt sich natürlich sogleich die Frage, worin das Merkmal der Wichtigkeit einer Verwaltungshandlung gesehen werden soll?! Im Allgemeinen wird man darunter diejenigen Verwaltungshandlungen verstehen können, die von Vormündern nicht ohne Bestätigung durch das Waisengericht resp. der Obervormundschftsbehörde vorgenommen werden dürfen, die eine mehr oder minder intensive Einwirkung auf die Substanz des Kindesgutes involvieren und deshalb ein größeres Maß von Einsicht und Geschäftserfahrung erfordern †), als Personen weiblichen Geschlechts in der Regel zu besitzpflegen, so z. B. Verpachtung von Landgütern, Ankauf von Immobilien vor Allem aber jede Veräußerung oder Verpfändung von werthvollen Mobilien oder Immobilien ††). — Also wiederum wird dem Vormundschaftsrecht — und zwar den an früherer Stelle dieser Abhandlung allegirten Artikeln des Provinzialgesetzbuches — das Kriterium dafür entnommen werden müssen, welche Angelegenheiten zu den „wichtigen“ im Sinne des Art. 286 und welche zu den nicht wichtigen gehören. Gibt das Provinzialgesetzbuch keine ausreichende Antwort auf diese Frage, so wird in casu concreto das richterliche Ermessen zu entscheiden haben. Immerhin lassen sich aber Beispiele anführen, von denen es klar ist, daß sie nicht zu den wichtigen, besondere Geschäftskennntniß erheischenden Handlungen der Wittwee gehören. In dieser Beziehung wäre etwa zu nennen: Empfang geringfügiger Zahlungen (nicht auch größer, wie das bei Zwingmann Bd. VII, S. 131 sub Nr. 1287 abgedruckte Urtheil des Landvogteigerichts v. 21. Sept. 1883 anzunehmen scheint), Abschluß der mit der häuslichen Wirthschaft zusammenhängenden Rechtsgeschäfte, so z. B. Annahme von Dienstboten, Markteinkäufe 2c. Zu derartigen Handlungen der Wittwee brauchen ihre Mitvormünder oder Rathsfreunde:

\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

\*\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

†) Vgl. Gürgens I. c. § 46, S. 150.

††) So auch Gürgens, I. c. § 46, 150 u. 151.

ganz gewiß nicht hinzugezogen zu werden\*). Uebrigens kann — auch wenn es sich um nicht wichtige Angelegenheiten handeln sollte — den Mitvormündern, denen als solchen die Kontrolle der Wittwee obliegt\*\*), das Recht nicht genommen werden, auch diesen Handlungen, wenn sie eine künftige Gefährdung des Gesamtgutes oder des pekuliarischen Kindesvermögens vorbereiten, zu widersprechen und diese auf solche Weise zu verhindern. Denn Art. 286 ist, wie gesagt, nicht nur von einer Befragung resp. Zustimmung der Mitvormünder, sondern von ihrer Mitwirkung\*\*\*) am betreffenden (wichtigen) Verwaltungsakt zu verstehen. Ueberhaupt aber gilt für das livländische — und wohl auch für das esthländische — Stadtrecht, daß die Mitvormünder der Wittwee die Verwaltung der letztern zu überwachen und alle nöthigen Maßnahmen zu diesem Behufe, namentlich bei Verfügungen über das Vermögen, zu ergreifen haben und, wenn die Wittwee durch gewissenlose oder nachlässige Verwaltung den Bestand des separaten Kindesvermögens resp. des Gesamtgutes gefährdet oder letzteres deterioriert, die Entfernung derselben von der Vormundschaft und Einsetzung einer andern vormundschaftlichen Verwaltung zuständigen Orts beantragen müssen†). Ist die überlebende Mutter nach liv- und esthländischem Stadtrecht von jeder Vormundschaft über ihre minderjährigen Kinder ausgeschlossen, so wird dieselbe natürlich nur von den Vormündern der letztern ausgeübt, deren Pflichten indeß in mancherlei Hinsicht nach einem strengern Maßstabe als die der Mutter als Vormünderin obliegenden Vormundschaftspflichten bemessen werden. So sind sie — um nur einige Beispiele anzuführen — weder von der Inventaraufnahme††) über das Pupillenvermögen bei Antritt der Vormundschaft noch von der Pflicht der Rechnungslegung über die verwaltete Vormundschaft nach Beendigung derselben befreit. Auch sind sie — was die Wittwee als Vormünderin nicht brauchte — verpflichtet, die vorgefundenen Werthpapiere und Kostbarkeiten beim kompetenten Waisengericht zu deponieren†††). Was speziell die schon erwähnte Veräußerung, Verpfändung und sonstige Belastung von Immobilien durch die Wittwee anbetrifft, so wäre an dieser Stelle

\*) Vgl. Gürgens l. c. § 46, S. 150 f. und die Analogie des Art. 56.

\*\*) Vgl. die zitierte vogteigerichtliche Entscheidung bei Zwingmann, Bb. V, S. 120, u. die früher allegierte Senatsentscheidung, ebendasselbst, Bb. VIII, S. 57.

\*\*\*) Auerkannt in dem rechtskräftigen Bescheide des Landvogteigerichts vom 21. September 1883, sub Nr. 212, bei Zwingmann, Bb. VII, Nr. 1287, S. 131.

†) Vgl. Artt. 477 u. 481, Gürgens, Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 46, S. 151 u. § 47, S. 155, Zwingmann, Bb. VIII, S. 57.

††) So auch Gürgens l. c. § 46, S. 153.

†††) Vgl. Gürgens l. c. S. 153.

darauf hinzuweisen, daß dieselben nach allen Statutarrechten — und so auch nach liv- und esthländischem Stadtrecht — der Genehmigung resp. Mitwirkung der Kinder bedürfen\*) und zwar nicht nur, wenn letztere volljährig, sondern auch wenn sie minderjährig sind, wobei im letzterem Fall die Vormünder für die Pupillen einzutreten haben. Dieser Grundsatz findet sich ausgesprochen für das esthländische Stadtrecht in Art. 1850\*\*), für das liv- und esthländische Landrecht in Art. 1715\*\*\*) und für alle Statutarrechte — soweit es sich um ein von beiden Ehegatten während der Ehe durch Kauf erworbenes Immobilien handelt — in Art. 967†). Das kurländische Recht enthält zwar über diesen Punkt keine so direkte Bestimmung, wie die bisher genannten Statutarrechte. Allein die Ungültigkeit einer ohne Mitwirkung der Kinder erfolgten Veräußerung oder Belastung der Immobilien läßt sich doch auf dem Wege der Schlußfolgerung unschwer erweisen. So vor Allem aus Art. 53, woselbst der Ehefrau sogar jede Veräußerung des in der Verwaltung des Ehemannes befindlichen Vermögens überhaupt, umso mehr also der dazu gehörigen Immobilien untersagt wird, eine Vor-

\*) Vgl. Bunge, liv- u. esthl. Priv. R., Bb. II, § 271, C. 71, § 272, C. 77, § 291, C. 134.

\*\*) Vgl. auch Erdmann, System, Bb. III, § 211, C. 80. — Und zwar darf das auch nicht einmal mit dem ideellen Antheil der Kinder geschehen.

\*\*\*) Nach diesem Artikel sind solche Akte der Wittwee auch nicht einmal dann gültig, wenn sie nur in Bezug auf den Antheil erfolgen, der ihr bei einer eventuellen Theilung zufallen könnte. — Es würde die Nothwendigkeit einer Einwilligung der Kinder für das esthländische Landrecht außerdem aber auch schon aus Art. 1760 folgern, woselbst gesagt ist, daß der Wittwer nur mit Genehmigung der Kinder Nachlassimmobilien veräußern dürfe. Die Wittwee wäre also nach esthländischem Landrecht auch dann nicht befugt, ohne Genehmigung der Kinder Immobilien zu veräußern, wenn jenes Verbot in Art. 1715 nicht enthalten wäre.

†) Daß in diesem Falle die Einwilligung der Kinder — und zwar sowohl der minderjährigen, als auch der volljährigen — in den Verkauf ein unerläßliches Erforderniß für die Gültigkeit der Veräußerung, Verpfändung oder sonstigen Belastung bildet, dürfte wohl aus den Schlußworten des Art. 967: ... „als der überlebende Ehegatte darüber nicht zum Nachtheil der Kinder aus dieser Ehe verfügen kann,“ zur Evidenz hervorgehen. Selbstverständlich ist Art. 967 auch auf das liv- und esthländische Stadtrecht zu beziehen, wofür sich auch — wenigstens hinsichtlich des ersteren — die Theorie ausgesprochen hat, vgl. auch Gürgens, l. c. § 45, C. 147 u. Pauli, Abhandlungen, Bb. II, § 25, C. 115. Vgl. auch Art. 83, wo dasselbe Prinzip für die Person des Ehemannes mit Rücksicht auf die in den Krepstbüchern auf den Namen der Frau bezeichneten Immobilien ausgesprochen ist, der gleichfalls bei Strafe der Ungültigkeit solche Immobilien der Frau ohne ihre Genehmigung oder Mitwirkung nicht veräußern oder belasten darf, vgl. auch das Appellationsurkenntniß des rigaschen Rathes vom 18. November sub Nr. 7546, bei Zwingmann, Bb. VI, Nr. 1007, C. 90.

schrift, die unzweifelhaft auch auf die Wittwee zu beziehen ist, da jede von ihr unternommene Belastung oder Veräußerung des immobiliaren Vermögens diesen für die Zukunft auch der Kinder wichtigsten Theil des Nachlassmasse gefährden resp. in ihrem Werth zu verringern geeignet sein dürfte, Deteriorationen der Nachlassgüter durch die Wittwee aber die Kinder nicht nur zur Forderung des Schadensersatzes, sondern auch zur Beantragung einer Kuratel über die pflichtvergeffene Wittwee berechtigen\*). Bei Minderjährigkeit der Kinder ergiebt sich jenes Verbot noch besonders aus dem allgemeinen Vormundschaftsrecht, das ja dem Vormund die Veräußerung wichtiger Vermögensstücke des Pupillen und zwar besonders der Immobilien ohne spezielle Genehmigung des Waisengerichts — unter Umständen sogar des Obervormundschaftsgerichts — verbietet\*\*). Auch für das livländische Stadtrecht läßt sich das Verbot der Immobilial-veräußerung oder =belastung durch die Wittwee allein ohne Mitwirkung der Kinder resp. ihrer Vormünder nur auf indirektem Wege, aber dennoch sicher erweisen. Zunächst wie im vorigen Fall aus den mehrfach allegierten Bestimmungen des Vormundschaftsrechts. (Vide die vorgehende Note.) Dann aber auch aus Art. 286, wo die Mitwirkung der Mitvormünder bei allen „wichtigen“ Angelegenheiten, zu denen Veräußerungen oder Belastungen von Immobilien aber stets gehören, erfordert wird, und drittens aus dem wohl zu beachtenden Umstande, daß die der Wittwee gewährten Verwaltungsbefugnisse unmöglich umfangreicher sein können als die dem Ehemann durante matrimonio in dieser Beziehung zuständig gewesenen Rechte — der ja auch in solchen Fällen der ehedem alleinigen Genehmigung und Mitwirkung bedarf\*\*\*)) — sondern letzteren höchstens gleichkommen. Sind die Kinder aber nicht — wie bisher vorausgesetzt wurde — minderjährig, sondern volljährig, so müssen sie selbst ihre Zustimmung zu solchen Rechtsakten der Mutter geben und persönlich dabei mitwirken. In der Theorie des baltischen Rechts sowie in einer ganzen Reihe von Urtheilen der rigaschen Stadtgerichte wird es jedenfalls als unbestritten anerkannt, daß nach livländischem Stadtrecht eine beerbte Wittwee Immobilien nicht anders als mit Einwilligung und Mitwirkung ihrer minderjährigen oder volljährigen Kinder veräußern oder belasten

\*) Vgl. Art. 1774.

\*\*) Vgl. Art. 381—386.

\*\*\*)) Vgl. Art. 83.

darf\*)\*\*), widrigenfalls solche Rechtsakte ungültig sind. Speziell die Nichtigkeit der ohne Einwilligung resp. Mitwirkung der Kinder seitens der Wittwe erfolgten Belastung oder Veräußerung eines zur Gesamtmasse gehörenden Immobiles ergibt sich — und zwar für alle Statutarrechte — auch schon aus Artt. 929 und 2681, von denen der erstere den auf das Miteigenthum der Wittwe und ihrer Kinder an der Gesamtmasse unbedenklich anwendbaren Satz ausspricht, daß nur der vereinte Wille aller Miteigenthümer gültig über den Gegenstand des Miteigenthums verfügen kann, jede einseitige Verfügung nur eines Miteigenthümers also jeglicher Wirksamkeit entbehrt, während der zweite dieselbe Regel in Bezug auf das Verhältniß mehrerer Miterben zu einander enthält. — Dann aber auch aus Art. 954, der für jede einem gesetzlichen Verbot zuwiderlaufende Veräußerung Nichtigkeit derselben eintreten läßt. Und endlich für das liv- und esthländische Landrecht sowie für das kurländische Recht — aus Art. 43, der das an die Adresse des Ehemanne gerichtete Verbot der Veräußerung auf jede Belastung — und zwar auch der Grundgerechtigkeiten der Frau — erstreckt und an die Ueberschreitung desselben gleichfalls die Folge der Nichtigkeit knüpft.

Mit besonderer Deutlichkeit und Präzision wird diese Frage in dem bereits früher zitierten Urtheil des rigaschen Landvogteigerichts vom 4. Juni 1868 (Zwingmann, Bd. I, S. 125 f.) behandelt, woselbst es (für das livländische Stadtrecht) unter Anderem folgendermaßen heißt:

„Nach der durch den Tod des einen Ehegatten bewirkten Trennung der Ehe setzt der überlebende Theil mit den nachbleibenden Kindern die Gütergemeinschaft in der Weise fort, daß letztere an die Stelle des verstorbenen Parenten treten (Art. 1822 l. c.), wobei jedoch die Veränderung stattfindet, daß auf den überlebenden Ehegatten die durante matrimonio dem Ehemanne gebührende Nutzungs- und Verfügungs-

\*) Vgl. Erdmann, System, Bd. III, § 207, S. 70, Note 3, Gürgens, l. c. § 45, S. 148 u. § 46, S. 151. — Aehnlich auch die Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts, vgl. Baumeister, Hamb. Priv. R., Bd. II, § 85, S. 125 f., v. Roth, System des deutschen Privatrechts, Bd. II, § 111, S. 105—107, Stobbe, Handbuch, Bd. IV, § 241, S. 239, u. Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Rechte, Bd. II, S. 115.

\*\*) Vgl. Appellationserkenntniß des Rigaschen Rathes vom 3. Juni 1878 sub Nr. 3897 bei Zwingmann, Bd. V, Nr. 745, S. 119, Erkenntniß des Rigaschen Landvogteigerichts vom 4. Juni 1868, sub Nr. 156, ebendaselbst, Bd. I, Nr. 58, S. 125, rechtskräftiges Erkenntniß des Landvogteigerichts von 20. September 1875, Nr. 202, ebendaselbst, Bd. IV, Nr. 524, S. 113 ff. Urtheil des Rigaschen Rathes von 2. Mai 1873, sub Nr. 1581, ebendaselbst, Bd. III, Nr. 324, S. 109 u. Bescheid des Vogteigerichts vom 10. August 1868 sub Nr. 63, ebendaselbst, Bd. I, Nr. 56a, S. 113. —



gewalt hinsichtlich des von der Gütergemeinschaft ergriffenen Vermögens übergeht (Art. 1825 l. c.), den Kindern aber an letzterem nur ideelle Theile zustehen. Hieraus folgt denn, daß an den zu dem Nachlasse gehörigen körperlichen Sachen nunmehr ein Miteigenthum des überlebenden Vaters und der nach Art. 1707 l. c. mit diesem gleichfalls zur Erbfolge berufenen Kinder begründet wird, dem alle durch des Verwaltungsrecht des ersteren bedingten Beschränkungen in gleichem Maße wie während bestandener Ehe anhaften, daß aber ebenso in Bezug auf die zur Verlassenschaft gehörenden Immobilien seine rechtliche Bedeutung bewahren muß. Diese Bedeutung tritt aber vornehmlich darin zu Tage, daß der überlebende Vater die in dem Miteigenthum stehenden Immobilien nicht einseitig d. h. ohne Zustimmung der Kinder, oder beziehungsweise deren Vormünder, veräußern darf, wie dies nicht nur aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Artt. 929 und 2681 l. c. sondern für den vorliegenden Fall speziell auch aus dem Art. 967 l. c. sich ergibt, welcher ausdrücklich vorschreibt, daß der überlebende Ehegatte über ein von den Ehegatten während der Ehe durch Kauf erworbenes Immobil nicht zum Nachtheil der Kinder aus dieser Ehe „verfügen“, d. h. denn doch wohl zunächst, dasselbe nicht einseitig veräußern darf. Eine ohne Einwilligung der Kinder dennoch vollzogene Veräußerung eines derartigen Immobiles ist nach Vorschrift der bezogenen Artt. 929 und 2681, sowie nach Art. 954 l. c. ungültig und deshalb der Erwerber zur Restitution des an ihr veräußerten Gegenstands verpflichtet.“

Daß vom lib- und esthländischen Stadtrecht Gesagte läßt sich aber auch auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft der zur libländischen Landgeistlichkeit gehörenden Ehegatten anwenden. Außer den schon allegierten allgemein lautenden Artt. 929, 955 und 2681 ist in dieser Beziehung noch speziell auf die Vorschrift des Art. 72 hinzuweisen: eine Veräußerung von Immobilien darf diesem Gesetz zufolge nur gemeinschaftlich vorgenommen werden. Jede einseitige erfolgte Veräußerung, mit Ausnahme der in Fällen dringendster Noth geschehenen, ist unbedingt nichtig. Wenn es nun richtig ist, daß die Kinder den verstorbenen Ehegatten, also in unserem Fall den Vater gewissermaßen repräsentieren\*) — wenn auch nicht gerade in Bezug die Verwaltung und Nutznießung des Nachlasses im Allgemeinen — so muß das unzweifelhafte, dem Ehemann zustehende Recht, seine Zustimmung und Mitwirkung zur Veräußerung des in der Gütergemeinschaft verfangenen Immobiles je nach Belieben

\*) Vgl. Gerber, System, § 236, S. 659, Note 3.

und freiem Ermessen entweder zu versagen oder zuzusagen, nach seinem Tode offenbar auf die Kinder übergehen und damit wäre denn erwiesen, daß auch die zur livländischen Landgeistlichkeit gehörende Wittwee derartige Immobilien nur in Gemeinschaft mit den Kindern resp. deren Vormündern gültig veräußern oder verpfänden darf, jede einseitig d. h. von ihr allein vorgenommene Veräußerung zc. mithin absolute Nichtigkeit nach sich ziehen muß. — Auch hier gilt übrigens, wie für alle baltischen Statutarrechte der Satz, daß selbst die Hinzuziehung eines besondern, in die Veräußerung oder Verpfändung zc. einwilligenden Rathsfreundes oder Beirathes (nicht auch der eo ipso schon vorhandenen Mitvormünder, deren Genehmigung — falls Bestätigung des Waisengerichts resp. der Obervormundschaftsbehörde nachfolgt — das Rechtsgeschäft ohnehin gültig machen würde) — seitens der Wittwee dem an sich illegalen Rechtsakte keine Kraft beizulegen vermag. —

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß volljährige Kinder in eigener Person oder durch ihre Bevollmächtigten in die Veräußerung oder Belastung des Immobils durch ihre Mutter einwilligen resp. bei solchen Rechtsgeschäften mitwirken müssen, um denselben volle Wirksamkeit zu verleihen und daß dies ein dem gemeinen deutschen Privatrecht entsprechender, allen baltischen Statutarrechten gemeinsamer Rechtsatz ist, sowie ferner, daß die minderjährigen Kinder in der gedachten Beziehung durch ihre sonstigen Vormünder resp. die Mitvormünder der Wittwee vertreten werden.

Ebenso aber wie im Fall der Veräußerung oder Belastung von Immobilien ist es auch mit dem Rechtsschutz überhaupt, den die Kinder gegenüber ungesetzlichen, das Gesamtvermögen benachtheiligenden oder gefährdenden Handlungen der Wittwee genießen und der abgesehen von der zum Theil schon erwähnten Nichtigkeit einer jeden, einem gesetzlichem Verbot widersprechenden Verwaltungshandlung der Wittwee auch namentlich darin zum Ausdruck gelangt, daß beispielsweise bei Deteriorationen, Ueberschuldungen sowie allen leichtsinnigen und pflichtvergeffenen Handlungen der Wittwee, soweit dadurch dem Nachlaß resp. dem Gesamtvermögen Schaden droht oder bereits zugefügt ist, die Kinder zur Ergreifung verschiedener Sicherheitsmaßregeln z. B. Entsetzung der Mutter von der Verwaltung und Verhängung einer Kuratel über dieselbe zu beantragen berechtigt sind. In Bezug auf die minderjährigen Kinder, deren Interesse in dieser Hinsicht wie auch sonst durch ihre Vormünder wahrgenommen wird, ist das schon früher ausgeführt worden. Für die volljährigen Kinder ist zu betonen, daß sie selbst jene Sicherheitsmaßregeln ergreifen und eventuelle gerichtliche resp. waisenbehördliche Anträge selbst machen müssen. So enthält z. B. Art. 1774 für das kurländische Landrecht die positive

Vorschrift, daß bei Deteriorationen der Nachlassgüter die Wittwe, wenn sie dieselben verschuldet hat, nicht nur zum Schadenersatz verpflichtet ist, sondern daß ihr auch die Verwaltung des Nachlasses ganz entzogen und einer Kuratel übertragen wird, — alles Maßnahmen, die volljährige Kinder, da sie ihre Interessen selbst wahrnehmen können, auch selbst beantragen müssen. Diese, auch auf leichtsinnige Verschuldungen des väterlichen Vermögens anwendbare Rechtsregel läßt sich ohne sonderliche Schwierigkeiten auch auf die anderen Statutarrechte ausdehnen. Denn es ist überhaupt ein durch das gesammte Familiengüterrecht des Provinzialkodex sich hindurchziehender Satz, daß bei Volljährigkeit der Kinder die Mutter zwar allein die gesammte Vermögensmasse ohne Antheilnahme der Kinder oder irgendwelcher Mitvormünder oder Beiräthe an dieser Administration verwaltet resp. (nach kurländischem Landrecht) mit Genehmigung der Kinder verwalten kann\*), dennoch aber die Kinder schon jetzt nicht nur eine rechtliche Anwartschaft auf das väterliche Vermögen, sondern ideelle, aber zu Lebzeiten der Mutter und vor der faktischen Abtheilung noch nicht realisierbare Antheile an demselben haben\*\*). Einer solchen rechtlichen Anwartschaft wäre aber, wie auch den erwähnten ideellen Antheilen, jede Realisierungsmöglichkeit von vorneherein abgeschnitten, wenn die Kinder nicht berechtigt sein sollten, gegen die obenerwähnten, den väterlichen Nachlaß derart gefährdenden oder schädigenden Handlungen ihrer Mutter sofort die nöthigen Sicherheitsmaßregeln zu ergreifen\*\*\*). — In Bezug auf die Landrechte läßt sich dieses Recht der volljährigen Kinder auch schon aus Artt. 49 und 50 erweisen. Der erste derselben verpflichtet nämlich den Ehemann der Ehefrau gegenüber hinsichtlich der Verwaltung des fräulichen Vermögens diligentiam quam suis rebus anzuwenden, und der zweite macht ihn für alle durch seine Schuld am Vermögen der Frau erwachsenen Schulden und Verluste verantwortlich — eine Bestimmung, die ohne Zweifel auch auf die beerbte Wittwe im Verhältniß zu ihren Kindern — und zwar besonders bei Volljährigkeit derselben — auszudehnen ist, weil jene in der Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses wie überhaupt des Gesamtvermögens und bezüglich der daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten die rechtliche Stellung des verstorbenen Ehemannes behauptet, also in ein ähnliches Verhältniß zu den Kindern tritt, wie der Ehemann zu seiner Frau. —

\*) Vgl. Artt. 1714, 1772, 1805, 1815, 1825 u. 1849.

\*\*) Vgl. Artt. 1718, 1805, 1815, 1825, 1851 u. 1854, u. Gürgens l. c. § 41, S. 154 f.

\*\*\*). Vgl. auch Gürgens l. c. § 45, S. 149, der aber allerdings nur — und zwar mit ausschließlicher Bezugnahme auf den Fall der Veräußerung von Immobilien — von einem Aufsichtsrecht der volljährigen Kinder über die dem parens superstes zustehende Verfügungsgewalt spricht. —

Daß dieselben Grundsätze auch für das esthländische Stadtrecht gelten, dürfte sich schon aus Art. 98 ergeben, der in Bezug auf die dem Ehemann aus der Verwaltung des Frauengutes erwachsenden Rechte und Verbindlichkeiten die in den Artt. 42—46 und 48—51 zusammengestellten Regeln eintreten läßt, so daß auch hier aus der rechtlichen Stellung des Ehemannes zum Frauengut auf die der (beerbten) Wittwee zum Mannesgut resp. zum Gesamtvermögen zu schließen wäre. Wenn aber der Ehemann in der angegebenen Weise für die von ihm anlässlich der Verwaltung des Frauenvermögens zugefügten Schäden der Frau gegenüber verantwortlich sein soll, so mußte letztere schon zu Lebzeiten des Mannes berechtigt sein, Sicherheitsmaßregeln gegen alle von ihm ausgehenden Handlungen zu ergreifen, die an sich geeignet sind, die Unversehrtheit ihres Vermögens zu gefährden, so also, wenn er leichtsinniger Weise das in seiner Verwaltung stehende Vermögen verschuldet oder zu demselben gehörige Vermögensstücke zu Spottpreisen veräußert. Demgemäß wäre sie also auch befugt, die Einsetzung einer Kuratel über den Mann oder seine Entfernung von der Verwaltung und Uebertragung derselben an sie selbst zu beantragen. Und wirklich werden ihr diese Rechte von den Landrechten und dem livländischen Stadtrecht gewährt\*). In der vorhin angegebene Weise läßt sich daher auch in dieser Beziehung von der Haftung des Mannes gegenüber der Frau und der für letztere daraus entspringenden Befugniß zur Beantragung der gedachten Sicherheitsmaßregeln auf das gleiche Verhältniß der Wittwee zu ihren Kindern, insbesondere auch zu den volljährigen schließen. —

Aber auch die Praxis der Rigaschen Stadtgerichte hat sich mit ziemlicher Einstimmigkeit für jenes den volljährigen Kindern zustehende Recht, Sicherheitsmaßregeln gegenüber illegalen, den väterlichen Nachlaß gefährdenden Verfügungen der Wittwee zu ergreifen, ausgesprochen. So heißt es beispielsweise in einem Appellationsurtheil des Rigaschen Rathes vom 18. November 1881 sub Nr. 7542\*\*):

„Denn, da die Kinder nach Art. 1825 a. a. O. ideelle Anthelle an der gemeinsamen Gütermasse haben, müssen sie auch befugt sein, sich dagegen zu schützen, daß der überlebende Parens nicht durch eine verkehrte Verwaltung diese ideellen Anthelle gefährde oder gar das ganze Vermögen verschulde, was nicht allein durch verschwenderische Handlungen, sondern auch durch Unterlassung derjenigen Sorgfalt geschehen kann, welche man vernünftiger Weise von einem Vermögensverwalter erwarten muß. Denn ohne diese Befugniß wären die ideellen Anthelle eben illusorisch und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen stehen demjenigen,

\*) Vgl. Artt. 52 u. 87.

\*\*) Vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, Bd. VI, Nr. 1008, S. 94.

welcher ein Recht hat, auch die Mittel zu, ohne welche das Recht nicht ausgeübt werden kann. Nach Analogie des Art. 219 a. a. O. sind die Kinder daher für berechtigt zu erachten, die Ueberweisung der Verwaltung des im gemeinsamen ungetheilten Besitze befindlichen Nachlasses des verstorbenen Parens an einen Kurator zu fordern, wenn der überlebende Parens durch eine nachlässige oder gewissenlose Verwaltung den Bestand des Nachlasses zu ihrem Nachtheile gefährdet.“

Ähnlich lautet es in dem Appellationserkenntniß des Rigaschen Rathes vom 20. November 1885 sub Nr. 7953 \*):

... „Bedarf es eines Schutzes der Kinder gegen die zweckwidrige Verwaltung der Gütergemeinschaftsmasse, so ist ein solcher nur zu erreichen durch Niederlegung einer Kuratel auf den bezüglichen, gerichtlich zu prüfenden Antrag der Kinder hin (vgl. Zwingmann, Bd. III, Nr. 323, Bd. VI, Nr. 1007 a. G. und Nr. 1008.).“

Und endlich wird das erwähnte Recht der Kinder auf Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln gegenüber etwaigen pflichtwidrigen Verwaltungshandlungen ihrer Mutter noch in einem Bescheid des Rigaschen Rathes vom 9. August 1872 sub Nr. 5588\*\*) anerkannt, woselbst es heißt:

„Wenn auch die überlebende Wittve nach den Artt. 282, 286 und 1825 des III. Theils des Prob. Rs während der mit ihren Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft allein wie zur Verwaltung, so zum Nießbrauche des gesammten Vermögens befugt ist, so haben doch nach eben diesen Gesetzesstellen auch die mit ihrem Parens die Gütergemeinschaft fortsetzenden Kinder ideelle Theile an diesem Vermögen. Das ideelle Miteigenthum berechtigt aber ohne Zweifel zur Forderung einer ordentlichen Verwaltung\*\*\*) des im Miteigenthume Mehrerer befindlichen Gutes, da es widrigenfalls ja in der Macht des Verwalters eines solchen Gutes stünde, das Miteigenthum vollständig illusorisch zu machen (Art. 930 a. a. O.). Es kann daher nicht zugegeben werden, daß das klägerische Anverlangen ein nicht substantiirtes oder rechtlich unbegründetes ist.“

Ueberhaupt aber läßt sich für das baltische Privatrecht der allgemeine Satz aufstellen, daß die beerbte Wittve in der Verwaltung der gesammten Gütermasse, also mit Einschluß des ehemännlichen Nachlasses, bei Großjährigkeit der Kinder unbeschränkter dasiebt, als bei

\*) Vgl. die Zwingmann'sche Präjudikatenammlung, Bd. VIII, Nr. 1527, S. 56.

\*\*) Vgl. die Zwingmann'sche Präjudikatenammlung, Bd. III, Nr. 323 S. 106 u. 107.

\*\*\*) Im vorliegenden Falle hatten die Kinder die Entsetzung ihrer Mutter von der Verwaltung eines zur Gütermasse gehörigen Hauses und Einsetzung einer Kuratel über dieselbe beantragt.

Minderjährigkeit derselben und dort mehr Rechte hat als hier. Denn alle Beschränkungen, die das Gesetz der überlebenden Mutter als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder hinsichtlich der Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses auferlegt, namentlich ihre mit größerer oder minderer Schärfe zum Ausdruck gelangende Abhängigkeit von den ihr beigeordneten Mitvormündern fallen bei Volljährigkeit der Kinder natürlich weg, da sie jetzt den Nachlaß in jedem Fall — sogar dann, wenn sie von der Vormundschaftsverwaltung ihrer Zeit überhaupt ausgeschlossen war — ganz allein verwaltet\*) und, abgesehen von einigen besonders wichtigen und auf die Verwaltung einen mehr oder weniger tief eingreifenden Einfluß ausübenden Dispositionen der Wittwee, wie z. B. der schon erwähnten, an die Zustimmung und Mitwirkung der Kinder gebundenen Veräußerung oder Belastung von Immobilien oder sonstigen werthvollen Vermögensobjekten, nur in Bezug auf pflichtvergeffene Verwaltungshandlungen der Ergreifung eventueller, eine gewisse Kontrolle voraussetzender Sicherheitsmaßregeln seitens ihrer Kinder sowie überhaupt einem Aufsichtsrecht der Letztern ausgesetzt ist. Und sogar Rathsfreunde oder Beiräthe haben an der Verwaltung in diesem Fall keinen Antheil, vielmehr ist die Wittwee auch von diesen ganz unabhängig, gleichgültig, um welcherlei rechtsgeschäftliche Dispositionen es sich auch in casu concreto handeln mag. Das ist namentlich auch auf den Fall des Art. 1805 zu beziehen. Denn der Beirath der nächsten Verwandten, mit Hilfe dessen die beerbte Wittwee nach dem Recht der livländischen Lutherischen Landgeistlichkeit die Verwaltung der gesamten Masse der fortgesetzten Gütergemeinschaft führt, ist, auch bei Minderjährigkeit der Kinder, von der Mutter nicht obligatorisch zur Verwaltung heranzuziehen, sondern erscheint, wie schon früher erwähnt wurde, als bloßer Rathgeber, dessen Befragung resp. Mitwirkung im besten Fall dem freien Ermessen der Wittwee anheimgestellt ist. Umsoviel weniger bedarf Letztere also der Mitwirkung oder auch nur Zustimmung solcher Rathsfreunde, wenn die Kinder schon volljährig sind. — Wenn aber das mehrfach erwähnte, in der Zwingmannschen Sammlung\*\*) zitierte Senatsurtheil vom 26. März 1887 sub Nr. 345 zu der Behauptung gelangt, es sei unrichtig, daß — wie appellantischerseits behauptet worden — nach livländischem Stadtrecht die Wittwee bei Großjährigkeit ihrer Kinder weitgehendere Verwaltungsbefugnisse an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft verfangenen Vermögen ausüben als im Falle ihrer Minderjährigkeit, so ist dem gewiß zu widersprechen. Denn die in den Artt. 286, 440 und 448 erwähnten

\*) Vgl. in Bezug auf das livländische Stadtrecht das bei Zwingmann, B. III, Note 323, S. 106 f. angeführte, im Text wiedergegebene Urtheil, sowie Gürgens, l. c. § 44, S. 146.

\*\*) Vgl. Bb. VIII, S. 57.

Rechte und Pflichten der Mitvormünder, von denen die Senatsentscheidung spricht, nämlich Wahrung über das Interesse der unmündigen Kinder und Ergreifung nöthiger Maßregeln zur Wahrung ihrer Rechte bei Verfügungen über das Vermögen sind erstens — unsern frühern Ausführungen zufolge — durchaus nicht die einzigen Beschränkungen der Wittwee in ihrer Verwaltungsthätigkeit, und wenn daher auch diese Rechte auf die großjährigen Kinder übergehen, die ihre Interessen selbst wahrnehmen können, so fallen doch die andern Beschränkungen der mütterlicher Verwaltung z. B. die eventuelle Nothwendigkeit einer waisen- resp. obervormundenschaftgerichtlichen Bestätigung der fraglichen Verfügung, die vorherige Befragung resp. Mitwirkung der Mitvormünder nach lib- und esthländischem Stadtrecht in allen wichtigen Fällen z. B. bei Großjährigkeit der Kinder fraglos fort. Und zweitens ändert auch die in gewissen Fällen erforderliche Zustimmung oder Mitwirkung der volljährigen Kinder bei gewissen von der Wittwee beabsichtigten Vermögensdispositionen z. B. der mehrfach erwähnten Veräußerung und Belastung von Immobilien u. nichts an der Thatsache, daß die Wittwee bei Volljährigkeit ihrer Kinder das Vermögen allein, ohne Mitvormünder oder auch nur Rathsfreunde, verwaltet, was ihr bei Minderjährigkeit ihrer Kinder — auch nach libländischem — Landrecht eben nicht gestattet ist. Eine eigentliche Theilnahme der großjährigen Kinder an der Verwaltung der Gesamtmasse vermöchte in jenem denselben zustehenden Rechte der Kontrolle, der Ergreifung etwaiger Sicherheitsmaßregeln gegenüber gewissen Handlungen der Mutter und der Mitwirkung bei Immobililveräußerungen resp. -belastungen so wenig wie nach libländischem Landrecht und nach den Stadtrechten so auch nach den andern Statutarrechten gesehen werden können, die der Wittwee auch bei Minderjährigkeit der Kinder die alleinige Verwaltung einräumen.

Uebrigens erkennt es auch die erwähnte Senatsentscheidung gelegentlich an, daß bei Volljährigkeit der Kinder jene Beschränkung des mütterlichen Verfügungsrechts, wie sie von den Gesetzen für den Fall der Minderjährig statuiert ist, nicht platzgreife\*). Wenn aber die gedachten Rechte der (volljährigen) Kinder, nämlich Zustimmung und Mitwirkung bei Veräußerung und Belastung unbeweglichen Vermögens, Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln gegenüber gewissen Handlungen resp. Verfügungen der Mutter, die ihrerseits schon eo ipso ein Recht der Kontrolle der mütterlichen Verwaltungsthätigkeit voraussetzen u., in der That keine Antheilnahme der großjährigen Kinder an der Vermögensverwaltung involvieren, so würde es ihrer Anerkennung nicht

---

\*) Vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, B. VIII, S. 57.

widersprechen, wenn der überlebende Parens, also im vorliegenden Fall die Wittwee, — wenigstens was die Verwaltung anbetrifft — an die Stelle des verstorbenen Ehegatten tritt und wenn in derselben Hinsicht die Wittwee überall dort, wo es sich um die fortgesetzte Gütergemeinschaft handelt, die Stellung des verstorbenen Ehemannes einnimmt. Vielmehr ist der an einer frühern Stelle dieser Abhandlung angeführte Satz, daß die Kinder in den Nichtsgebieten, wo zwischen den Ehegatten Gütergemeinschaft und nach Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten fortgesetzte Gütergemeinschaft gilt, also namentlich nach lib- und esthländischem Stadtrecht, an die Stelle des verstorbenen Ehegatten treten\*), mit dem vorigen, nämlich daß der überlebende Gatte in die Stelle des verstorbenen einrückt, wohl vereinbar, wenn man nur immer wieder daran festhält, daß die allgemeine Theorie die Kinder nur insofern als an Stelle des verstorbenen Gatten getreten denkt, als sie die Person des letztern gewissermaßen repräsentieren, vornehmlich aber als derartige Repräsentanten an der gemeinschaftlichen Vermögens- resp. Erbschaftsmasse in erbrechtlicher Hinsicht so wie ihr verstorbener parens partizipieren. — Und außerdem ist auch der Ehemann, der doch zweifellos in Bezug auf die Verwaltung des gemeinsamen Vermögens sowie überhaupt in jeder sonstigen Hinsicht der Ehefrau gegenüber eine nicht nur prävalierende, sondern sogar dominierende Stellung behauptet, dennoch in mancherlei Hinsicht, so namentlich auch bei der Immobilienveräußerung zc. an die Zustimmung der Frau gebunden, so wie letztere auch bei leichtsinniger Verwaltung auf Entfernung des Mannes von derselben und Einsetzung einer Kuratel über ihn dringen kann. Umsoeher kann man also sagen: die überlebende Mutter hat bei Großjährigkeit der Kinder die alleinige Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens und nimmt als Wittwee in dieser Hinsicht die Stellung des Ehemannes ein, trotz jener einzelnen mehrfach erwähnten Rechte der Kinder, und trotzdem, daß letztere erbrechtlich an Stelle des verstorbenen Parens einrücken. Ja, man kann im Gegentheil sagen: tritt die Wittwee wirklich an Stelle ihres verstorbenen Mannes, so muß sie sich auch dieselben — verhältnismäßig doch geringfügigen — Beschränkungen in der Verwaltung gefallen lassen, denen der Ehemann selbst im Verhältniß zu seiner Gattin seinerzeit unterlag. —

In der Theorie des ostseeprovinziellen Rechts ist neuerdings die auf Art. 2752 gestützte Ansicht vertreten worden, daß nach libländischem Stadtrecht der überlebende Ehegatte bei Großjährigkeit der Kinder von dem seiner Verwaltung unterliegenden Vermögen auch Schenkungen machen dürfe\*\*). Die Berufung auf den Art. 2752 ist aber

\*) Vgl. diese Abhandlung passim.

\*\*) Vgl. Bürgens l. c., § 44, S. 146.



offenbar unzureichend. Denn letzterer behandelt bloß den einen Fall, wo der mit den Kindern im ungetheilten Besitz verbleibende parens superstes einem oder mehrern derselben einen Theil des Vermögens schenkt, und bestimmt, daß das auf solche Weise Geschenke den Kindern bei der künftigen Erbtheilung in Anrechnung gebracht werden müsse. Also nur von einer Schenkung an die Kinder selbst ist hier die Rede, die ja ohnehin schon erbrechtlich an der gemeinschaftlichen Vermögensmasse partizipieren, wo also derartige Schenkungen schlimmstenfalls doch immer — wie man wohl zu sagen pflegt — in der Familie bleiben. Einer zu Gunsten Dritter erfolgenden beliebigen Verschenkung der zum ehemännlichen Nachlaß gehörigen Vermögensstücke seitens der Wittwe allein, ohne Genehmigung oder Mitwirkung der Kinder, wird damit — wie auch schon unsere vorhergehenden Ausführungen erkennen lassen dürften — keineswegs das Wort geredet, weil derartiges als reine Verschleuderung eben mit einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses, zu der die Wittwe auch ihren großjährigen Kindern gegenüber verpflichtet ist, durchaus unverträglich wäre\*). Höchstens solche Schenkungen dürfte sie nach Analogie des Art. 402 auch ohne Betheiligung der Kinder machen, die an sich geringfügig sind und nach den im Verkehr üblichen Regeln der Sitte und des Anstandes von der Gesellschaft erwartet werden. Und das wird nicht nur für das livländische Stadtrecht, sondern auch für alle übrigen Statutarrechte zu gelten haben. — Bei Veräußerungen von Mobilien dagegen — und zwar sowohl der entgeltlichen wie auch der unentgeltlichen — brauchen die großjährigen Kinder von der Wittwe wohl jedenfalls nicht befragt zu werden, ausgenommen die Fälle, wo solche Veräußerungen die Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung zu überschreiten drohen, oder wenn es sich um besonders werthvolle, kostbare Gegenstände, z. B. Familienandenken handelt, oder wenn der Gegenstand der beabsichtigten Veräußerung für die gesammte Vermögensmasse, somit also auch für die Zukunft der Kinder von Wichtigkeit ist, während bei Minderjährigkeit der Kinder die schon erwähnten Grundsätze des Vormundschaftsrechts einzutreten haben werden\*\*). So darf die Wittwe beispielsweise ein vom Ehemann ererbtes Handelsgeschäft nach der richtigen

\*) Hinsichtlich der Immobilien ergiebt sich die Unzulässigkeit einer beliebigen Verschenkung schon aus dem Verbot der Veräußerung ohne Einwilligung der Kinder, da zur Veräußerung im Allgemeinen auch die entgeltliche Veräußerung d. h. die Schenkung gehört. Für das estländische Stadtrecht ließe sich das auch schon aus Art. 99 folgern, der auch dem Ehemann Verkauf, Verpfändung und Verschenkung von der Frau gehörenden Immobilien verbietet —

\*\*) Dagegen scheint Pauli, Abhandlungen, B. II, S. 142 f. das Veräußerungsverbot ganz allgemein auf alle Mobilien beziehen zu wollen. —

Aufsicht ohne Einwilligung resp. Mitwirkung der großjährigen Kinder wohl nicht veräußern, auch wenn sie einen oder mehrere Rathsfreunde zu einem solchen Rechtsakt hinzuziehen sollte \*).

Wenn nun bei gewissen Verfügungsakten der Wittwee über die gesamte Gütermasse resp. den ehemännlichen Nachlaß die Zustimmung und Mitwirkung der Kinder oder — bei Minderjährigkeit derselben — ihrer Vormünder erforderlich ist, so beispielsweise bei der öfters erwähnten Veräußerung resp. Belastung von Immobilien oder sonstiger wichtiger Vermögensbestandtheile, so fragt es sich doch gerade für den letztern Fall, nämlich den der Minderjährigkeit der Kinder, wer die Interessen derselben in den eben genannten Fällen wahrnehmen und vertreten soll, wenn — wie das nach esthländischem Landrecht und nach kurländischem Recht stattfindet — die Wittwee allein, ohne Mitvormünder die Vermögensverwaltung führt? Der Rathsfreund oder Beirath, von dem Art. 281 spricht, kann in dieser Beziehung offenbar nicht in Betracht kommen, da er, wie wir gezeigt haben dürften, bloßer Rathgeber der Wittwee ist, von ihr also zwar hinzugezogen werden kann, aber nicht hinzugezogen zu werden braucht. Bleiben also die Interessen der minderjährigen Kinder in diesen Fällen ganz ungeschützt? Die Bejahung dieser Frage muß zweifellos zu den allerbedenklichsten Konsequenzen führen. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, die Interessen der Pupillen in solchen Fällen ohne Vertretung zu lassen. Und in der That ist solches auch nicht der Fall. Zunächst unterliegt die Mutter als alleinige Vormünderin doch jedenfalls bis zu einem gewissen Grade der Aufsicht und Kontrolle des Waisengerichts wie jeder andre Vormund. Sie wird daher zu den im Vorhergehenden erwähnten Handlungen die Genehmigung des Waisengerichts — und unter Umständen sogar der Obervormundschaftsbehörde — in allen denjenigen Fällen einholen müssen, in welchen das nach allgemeinen vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen auch jeder sonstige Vormund thun muß und unterläßt sie das, so ist die betreffende Verfügung nach Maßgabe des Art. 2999 eben ungültig und kann von den nachher großjährig gewordenen Kindern, eventuell aber auch schon früher von den nächsten Verwandten der (noch minderjährigen) Kinder angefochten werden. Also absolut eintretende Ungültigkeit ist der eine Schutz, den die minderjährigen Kinder gegenüber den erwähnten Unterlassungen ihrer Mutter genießen. Die Waisenbehörde ihrerseits ist aber, unabhängig hiervon und von der bloßen vorhergehenden Genehmigung, ohne Zweifel auch berechtigt, vielleicht sogar ver-

---

\*) In Bezug auf die minderjährigen Kinder wird solches für das livländische Stadtrecht in einem Erkenntniß des Rigaschen Stadtwaisengerichts von 9. Dezember 1875 sub Nr. 1009 (vgl. die Zwingmannsche Sammlung, B. IV, S. 126) ausgesprochen.

pflichtet, speziell zum Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäfts einen besondern Vormund zu ernennen, der beim Abschluß mitzuwirken hätte und hierauf sofort zu entlassen wäre. — Und endlich greift wohl auch Artt. 477 hier ein, der, obwohl eine allgemeine, auf alle Statutarrechte Bezug nehmende Regel enthaltend, doch — wie leicht ersichtlich — gerade für das kurländische Recht und das esthländische Landrecht besondere Bedeutung haben dürfte. Dem gedachten Artikel zufolge sind nämlich sowohl die Verwandten des Pupillen, als auch jeder Andere, der von einer dem Pupillen gefährdenden Verwaltung der Vormundschaft Kenntniß erlangt, sowie endlich auch der Pupill selbst berechtigt, der kompetenten Waisenbehörde davon Anzeige zu machen, die dann das Ihrige zur Abwendung der dem Mündelvermögen drohenden Gefahr zu veranlassen hat \*). Da nun schon die Verwandten des Pupillen an der Erhaltung seines Vermögens hinlänglich interessiert sein dürften, so dürfte es schon deshalb in praxi kaum vorkommen, daß die Ergreifung der erwähnten Schutzmaßregeln der Mutter gegenüber ihrerseits versäumt wird, die Interessen der minderjährigen Kinder somit unvertreten bleiben. — Schickt sich also die Wittwee im Gebiete des kurländischen Rechts und des esthländischen Landrechts beispielsweise an, ein zum ehemännlichen Nachlaß gehöriges Immobil zu veräußern oder zu belasten, so wird die hiervon benachrichtigte Waisenbehörde in der Lage sein, sich alsbald die nöthigen Materialien zur Beurtheilung der Frage zu beschaffen, ob das betreffende Rechtsgeschäft dem Pupillen Nachtheil bringt oder nicht, und im ersteren Fall seine Zustimmung verweigern, im zweiten dagegen sie erteilen. Das Fehlen eines Mitvormundes der Mutter im kurländischen Recht und im esthländischen Landrecht erweist sich also im Grunde genommen als unschädlich. —

Eine weitere, überaus wichtige Frage ist, inwiefern die Wittwee fähig und berechtigt ist, allein, ohne Mitwirkung etwaiger Rathsfreunde oder Mitvormünder, Schulden zu kontrahieren, für die nicht etwa bloß ihr Sondergut und das Eingebrachte, sondern auch das speziell zum ehemännlichen Nachlaß gehörige Vermögen verhaftet wäre \*\*). — In der Litteratur des baltischen Rechts wird die Frage gewöhnlich mit Stillschweigen übergangen. Die meisten Schriftsteller begnügen sich gewöhnlich mit der allgemeinen Bemerkung, daß die Gesamtmasse resp. der ehemännliche Nachlaß für alle Schulden haften, die noch zu Lebzeiten des verstorbenen Patens kontrahiert worden sind, ohne des hiervon sehr ver-

\*) Vgl. Art. 478.

\*\*) Für das altlivländische Recht wird die Fähigkeit der Wittwee hierzu vernetzt von v. Begejack in seiner zit. Schrift: „Die Vermögensverhältnisse der Wittwee und Ehefrauen“ 2c. S. 27.

schiedenen Falles zu gedenken, daß der überlebende Ehegatte — und zwar wieder speziell die Wittwee — die betreffenden Schuldverpflichtungen erst eingeht, somit also nach dem Tode des Ehemannes den Nachlaß oder des Vermögen der fortgesetzten Gütergemeinschaft direkt oder indirekt mit Schulden beschwert\*). Nur Bunge und Gürgens berühren diese Frage — und zwar auch bloß unter alleiniger Bezugnahme auf das libländische Stadtrecht. Ersterer sagt nämlich in seinem lib- und esthländischen Privatrecht, Bd. II, § 284, S. 115:

... „Aus diesen Verhältnissen ergibt sich schon von selbst, daß während der prorogierten Gütergemeinschaft alle, sowohl vor als während derselben kontrahierten Schulden gemeinschaftlich sind, und daß die Kinder mit ihren ideellen Antheilen dafür ebenso verhaftet sind, wie der überlebende Theil der Eltern“ ...

Und in Bezug auf das libländische Stadtrecht betont es Gürgens\*\*), daß für die Schulden, die der überlebende Parent — also doch wohl auch die Wittwee — eingehe, oder die sonst in seiner Person entstanden, nicht bloß er persönlich, sondern auch die gesamte Masse verpflichtet werde. Es sei das — wie in der Note 3 ausgeführt wird — ein nothwendiges Correlat dazu, daß auch sein Erwerb in die Gesamtmasse falle d. h. es liege eben eine Gemeinschaft auf „Gedeih und Verderb“ vor\*\*\*). —

In der Theorie des deutschen Privatrechts behaupten namhafte Juristen — wenigstens bei fortgesetzter Gütergemeinschaft — eine rechtswirksame Schuldbelastung des Gesamtgutes, so z. B. Stobbe†) und v. Roth††), welche letztere aber im Gegensatz zu ersterem sich präziser ausdrückt, wenn er von dem Recht des überlebenden Parent, die Gesamtmasse durch seine Handlungen zu verpflichten, spricht. Auch bei Runde finden wir an mehreren Stellen seines Güterrechts†††) bestimmt ausgesprochen, daß der überlebende Parent — und so

\*) Zu nennen sind in dieser Beziehung Bunge, Curl. Priv. Recht § 250, S. 500 ff. und lib- und esthl. Priv. R. B. II, § 275 u. 291, der jedoch die Frage wenigstens für das libländische Stadtrecht — wenn auch nur flüchtig — streift und Erdmann im Güterrecht, § 15, S. 234 f. und im System, B. III, S. 34–92.

\*\*) Vgl. dessen zitierte Schrift: „Die Lehre von der Gütergemeinschaft“ u. f. w., § 44, S. 146.

\*\*\*) Vgl. Gerber, System, § 236, S. 659, Bluntschli, Deutsches Privatrecht, § 167, S. 473, Runde, Eheliches Güterrecht, § 111, S. 249, § 114, S. 254, § 133, Seite 296 f. —

†) Vgl. dessen Handbuch, Bd. IV, § 241, S. 239.

††) Vgl. dessen System, Bd. II, § 111, S. 104.

†††) Vgl. z. B. § 113, S. 252 f., § 114, S. 255, § 134, S. 298.

insbesondere auch die Wittwee — Schulden kontrahieren könne, die das Sammtgut resp. den väterlichen Nachlaß ergreifen, während andere, wie z. B. für das ältere lübische Recht Pauli\*), dem überlebenden Gatten ein solches Recht nicht zugestehen wollen oder wenigstens die Kinder für einseitig von ihm kontrahierte Schuldverpflichtungen nicht haften lassen, und bei Gengler l. c. Bd. II, S. 1126 heißt es ganz direkt, daß die Mutter das Recht habe, Schulden zu kontrahieren, wodurch die Kinder mit obligiert würden. Allein auch hier hat man sich mit derartigen allgemeinen Sätzen begnügt, ohne auf die einzelnen Fälle der Schuldenkontrahierung einzugehen und ohne die gesetzlich erlaubten, also rechtswirksamen Fälle von den gesetzlich verbotenen, also unwirksamen zu unterscheiden. — Ja, auch die doch so naheliegende Unterscheidung zwischen den beiden Fällen, ob die in der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit der Wittwee sitzenden Kinder voll- oder minderjährig sind, wird von diesen Schriftstellern — wie auch sonst in der Litteratur des deutschen Privatrechts — außer Acht gelassen. — Und noch weniger wird der beiden wohl zu unterscheidenden Fälle gedacht, ob es sich um solche Schuldverpflichtungen handelt, mit denen der überlebende Gatte das Sammtgut resp. den Nachlaß des Verstorbenen direkt belastet, also z. B. dasselbe verhypothekiert, oder ob nur solche Schulden in Frage kommen, die vom parens superstes nicht direkt auf das Sammtgut gelegt sind, wohl aber in der Folge dasselbe ergreifen, so z. B. Darlehns- und Wechselschulden. — Was speziell das livländische Stadtrecht anbelangt, so wird die Berechtigung der beerbten Wittwee, das in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindliche Vermögen durch von ihr kontrahierte Schulden haftbar zu machen, wenigstens bei Großjährigkeit der Kinder in mehreren Urtheilen der ehemaligen Rigaschen Stadtgerichte ausdrücklich anerkannt. Begründet wird das durch die auf Artt. 1825 und 1827 gestützte, in der That einwandfreie Schlußfolgerung aus dem Rechte des parens superstes zum Nießbrauch und zur Verwaltung des Sammtgutes auf das Recht einer letzteres haftbar machenden Schuldenkontrahierung. So heißt es beispielsweise in einem Erkenntniß des Vogteigerichts vom 25. Januar 1877, sub Nr. 15 \*\*):

... „Was den gesetzlichen Gesichtspunkt anlangt, von welchem aus die Dispositionen einer mit ihren Kindern im Gebiete des Rig. Stadtrechts in fortgesetzter Gütergemeinschaft verbliebenen Wittwee zu beurtheilen sind, so ist die letztere der Regel nach, da sie die Verwaltung und

\*) Vgl. dessen Abhandlungen aus dem lübischen Recht, Bd. II, § 28, S. 142—145.

\*\*) Vgl. die Zwingmann'sche Präjudikatensammlung, Bd. V, Nr. 746, S. 119 f.

den Nießbrauch des gesamten Vermögens hat, in ihren Dispositionen . . . unbeschränkt (Art. 1825 und 1752 des Prov. Rechts Th. 3) und namentlich sind nach Art. 1827 die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinzugekommenen Schulden, die eben regelmäßig nur von dem überlebenden Parens als Verwalter des Vermögens kontrahiert werden können, von der Gesamtmasse zu tragen. Diese Regel erleidet eine Modifikation nur insofern, als die überlebende Mutter mit einem oder mehreren unmündigen Kindern die Gütergemeinschaft fortsetzt und als Vormünderin dieser ihrer unmündigen Kinder kontrahiert. In diesem Falle haben die der Wittwe zugeordneten Beiräthe, welche zugleich Mitvormünder der Kinder sind, das Recht der Controle (Art. 286 a. a. O.), welches sich nach Artt. 440 und 448 a. a. O. in der Befugniß äußert, den etwaigen, nachtheiligen Dispositionen der Wittwe zu widersprechen und bei der competenten Behörde dagegen Einsprache zu erheben“ . . .

Diese Entscheidung bedeutet im Vergleich zu der von den zitierten Schriftstellern des baltischen und deutschen Privatrechts beliebten, durch garzugroße Allgemeinheit sich auszeichnenden Darstellungsweise insofern einen Fortschritt, als wenigstens zwischen den beiden Fällen der Voll- und der Minderjährigkeit der Kinder unterschieden und der Wittwe nur bei ersterer, nicht auch bei letzterer die Befugniß, von sich aus allein das gesammte Vermögen ergreifende Schulden zu kontrahieren, zugestanden wird. —

Eine zweite Entscheidung, nämlich ein Appellationserkenntniß des Rigaschen Rathes vom 22. April 1881 sub Nr. 2687 \*) macht den letzterwähnten Unterschied — wie es scheint — nicht, sondern läßt vielmehr auch bei Minderjährigkeit der Kinder die Wittwe Schulden kontrahieren, die von der Gesamtmasse zu tragen sind. In dieser Hinsicht führt nämlich das soeben zitierte Appellationserkenntniß unter Anderem aus:

... „Was speziell die Dispositionsbefugniß einer Wittwe anlangt, so ist sie im Geltungsgebiete des Rig. Stadtrechts zwar in der Verfügung über das Vermögen ihrer unmündigen Kinder beschränkt (Art. 286 a. a. O.), keineswegs aber ist ihr die Befugniß Schulden zu kontrahieren, durch das Gesetz genommen; nach Art. 1827 a. a. O. sind sogar die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstandenen Schulden, die in solchem Falle nur von dem überlebenden Parens kontrahiert werden können, von der Gesamtmasse zu tragen. — Vorstehende

\*) Vgl. die Zwingmann'sche Präjudikatenammlung, Bb. VI, S. 95, Nr. 1009.

Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß die zur Klage gebrachte Obligation nicht schon um deswillen ungiltig wäre, weil sie von einer Person weiblichen Geschlechts ausgestellt ist, oder weil dieselbe hierbei ohne männliche Assistenz gehandelt hat."

Zu dieser bedauerlichen Konfundierung des Falles der Minderjährigkeit mit dem der Volljährigkeit der Kinder gesellt sich leider noch ein anderer Fehler. Das Urtheil stellt nämlich die Verfügung der Wittwee über das Kindesvermögen, der Befugniß, überhaupt Schulden zu kontrahieren, in einer Weise gegenüber, die es fraglich erscheinen läßt, ob hier nicht eine direkte Belastung des separaten Kindesvermögens pekuniarischer Natur, nicht etwa der Gesamtmasse, im Gegensatz zur Schuldenkontrahierung überhaupt als indirekter Vermögensbelastung gemeint ist — was alsdann keinen eigentlichen Gegensatz bilden dürfte — ferner, ob bei der letztgenannten Art der Schuldenkontrahierung auch die Volljährigkeit der Kinder vorausgesetzt ist, oder endlich ob als Gegenstück zur (direkten) Belastung des Kindesvermögens jede direkte Schuldbeschwerung der Gesamtmasse durch die Wittwee als legitimirte Vertreterin derselben gemeint wird? Die Gegensätze sind also in dem erwähnten Urtheil nichts weniger als klar gezeichnet, sondern vielfach verschwommen. Nicht unbedingt richtig ist auch der weitere Satz, daß keine einzige von einer Wittwee eingegangene Schuldbverpflichtung deshalb ungiltig sei, weil sie als weibliche Person ohne männliche Assistenz gehandelt habe. Denn wenn sie als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder handelt, so wird — jedenfalls nach libländischem Landrecht und nach lib- und esthländischem Stadtrecht — die Assistenz der Mitvormünder als obligatorisches Form=erforderniß in der Regel zu beobachten sein.

Eine dritte Entscheidung — Appellationserkennniß des Rigaschen Rathes vom 20. November 1885, Nr. 7953 \*) — motiviert die Befugniß der Wittwee zur selbstständigen Kontrahierung von die Gesamtmasse ergreifenden Schulden\*\*) im Großen und Ganzen in eben derselben Weise wie das erstgenannte Urtheil. Jedoch ist die weitere Begründung dieser Befugniß immerhin eigenartig genug, um an dieser Stelle hervorgehoben zu werden, insofern nämlich in der Darlehnsaufnahme a priori ein Vermögenszuwachs der Gesamtmasse liegen soll. In dieser Beziehung sagt das Urtheil unter Anderem:

„... Denn wenn die Belastung als eine Vermögensminderung aufgefaßt werden kann, so fließt doch das aufgenommene Darlehen anderer=

\*) Cfr. die Zwingmann'sche Präjudikatensammlung, B. VIII, N. 1527, S. 55.

\*\*) Im vorliegenden Falle handelte es um eine von der Wittwee aufgenommene Wechselfchuld.

seits als Vermögenszuwachs wieder zur Gesamtmasse und erst die spätere Verwendung entscheidet, ob der Masse ein Nachtheil erwachsen sei oder nicht. In diesem Sinne wird jede von der Wittwe als legitimirter Massenvertreterin kontrahierte Schuld zur Massenschuld (Art. 1827; vgl. Zwingmann, B. VI, N. 1009) und vorliegenden Falls kommt noch hinzu, daß die Belastung des Immobils, soviel sich aus der Akte ersehen läßt, nicht durch einen freiwilligen Verpfändungsakt der Mutter der Appellanten, sondern auf gerichtliche Verfügung erfolgt ist, im Beitreibungsverfahren nach fruchtlos vollstreckter Exekution in das Mobiliarvermögen."

Wie sich nun aber einerseits darüber streiten läßt, ob Aufnahmen von Darlehen oder Wechseln wirklich einen Vermögenszuwachs bedeuten oder ob sie nicht vielmehr zu Lasten des Vermögens fallend und dementsprechend eher als Vermögensminderung aufzufassen wären — was namentlich bei sich wiederholender Kontrahierung solcher Schulden zutreffen dürfte — so ist es andererseits auch wieder eine unrichtige, weil zu allgemein gehaltene Behauptung, wenn das Urtheil sagt, daß als Vermögenszuwachs im bezeichneten Sinne jede von der Wittwe in Vertretung der Gesamtmasse kontrahierte Schuld den Charakter einer Masseschuld annehme. Denn ganz abgesehen von der schon erwähnten Immobilieverpfändung wird zweifellos nicht jede von der Wittwe, z. B. nach lib- und esthländischem Stadtrecht und nach libländischem Landrecht, kontrahierte Schuldverpflichtung eo ipso zur Masseschuld, so z. B. nicht, wenn bei Minderjährigkeit der Kinder zur Gesamtmasse gehörende Vermögensobjekte von der Wittwe ohne Mitvormünder verpfändet werden, falls die Principalschuld auch nur für die Zwecke der Gesamtmasse, eingegangen war. — Dagegen ist den Ausführungen des gedachten Urtheils darin wiederum beizutreten, daß sie durchweg die selbstständige Verfügungsberechtigung der Mutter von der Großjährigkeit der Kinder abhängig machen. —

In dem mehrfach erwähnten, bei Zwingmann, B. VIII S. 56 ff. wiedergegebenen Senatsurtheil vom 26. März 1887 sub Nr. 545 wird anerkannt, daß die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft des libländischen Stadtrechts hinzugekommenen Schulden von der Gesamtmasse zu tragen seien\*). Darin liegt — da die Kinder anerkanntmaßen über ihre ideellen Antheile gar nicht verfügen dürfen — die indirekte Anerkennung des Satzes ausgesprochen, daß der überlebende Parens Schulden kontrahieren kann — und zwar allein, ohne Vormünder oder Rathsfreunde — die das Sammtgut ergreifen. —

\*) Vgl. die Zwingmannsche Sammlung, I. c., S. 56.



Allen diesen Entscheidungen gemeinsam aber ist es, daß sie weit entfernt davon sind, eine auch nur einigermaßen erschöpfende Darstellung der Fälle zu liefern, wo die von der Wittwee allein, ohne Assistenz von Mitvormündern oder Rathsfreundenn kontrahierten Schulden derart rechtswirksam sind, daß sie auch die Gesamtmasse ergreifen, die Gläubiger somit zu einer Vollstreckung an derselben berechtigen, und wo derartiges nicht stattfindet. —

Die Modifikation des baltischen Rechts behandelt die Frage der Verschuldung des gesammten Vermögens und der Haftpflicht für die Schulden nach dem Tode des Ehemannes in den Artt. 1716, 1773 1827 und 1855, allein nicht in zureichender Weise. Denn der erste dieser Artikel spricht nur von der der Wittwee nach Liv- und esthländischem Landrecht obliegenden Verpflichtung, die Zinsen der Nachlassschulden resp. diese selbst zu bezahlen, so bald sie fällig sind, und ähnlichen Inhalts ist der auf das kurländische Recht bezügliche Art. 1773. Auch Art. 1855 bezieht sich nur auf die Nachlassschulden als solche —, also nicht die von der Wittwee nach dem Tode des Mannes kontrahierten Schulden — und enthält nur den an sich recht trivialen Satz, daß nach esthländischem Stadtrecht Nachlassschulden und Verluste, die der Nachlaß erleidet, von letzterem getragen werden müssen. Damit ist freilich gesagt, daß auch die Kinder dafür haften, sich also insoweit ihre Antheile schmälern lassen müssen. Allein es handelt sich hier doch nur um Schulden, die aus der Zeit herrühren, wo der Ehemann noch lebte. Ein anderes Gepräge scheint Art. 1827 zu haben. Derselbe zieht aus dem auch im deutschen Privatrecht geltenden Grundsatz der fortgesetzten Gütergemeinschaft als einer Gemeinschaft „auf Gedeih und Verderb“ für das livländische Stadtrecht die Konsequenz, daß alle Schulden, sowohl die bei Auflösung der Ehe vorhandenen als auch die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinzugekommenen von der Gesamtmasse zu tragen wären, so daß also sowohl die Kinder mit ihren ideellen Antheilen, als auch der parens superstes dafür haften. — Allein damit ist nicht gesagt, daß der überlebenden Mutter jede beliebige Schuldkontrahierung erlaubt sein soll und die Gesamtmasse auch wirklich haftbar mache. Denn eine das Maß ordentlicher Verwaltung überschreitende Verschuldung ist der Wittwee nie zu gestatten, da solches einer Verschleuderung oder Deterioration der Gesamtmasse gleichkommen dürfte. Also hat der Satz des Art. 1827 zit. doch verschiedene Einschränkungen zu erleiden. Endlich wäre auch noch Art. 1806 hierher zu ziehen. Derselbe enthält für den dem Stande der livländischen Landgeistlichkeit angehörigen parens superstes die Bestimmung, daß nicht nur Gewinn und Verlust, sondern auch die Schulden der Gesamtmasse von dem überlebenden Gatten und den Kindern gleichmäßig zu tragen seien. Offenbar sind auch damit nur eigentliche Nachlassschulden gemeint. Dementsprechend muß man also, um in unserer Frage zu wirklich festen Gesichtspunkten und damit zu einer ausreichenden Beantwortung derselben zu gelangen, vor

Allem zwischen den beiden, im Vorhergehenden schon angedeuteten zwei Fällen unterscheiden, ob es sich um solche Schulden handelt, mit denen die Wittwee das Sammtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft direkt beschwert oder um solche, bei denen das nicht der Fall ist — ein Unterschied, den Art. 1827 allerdings nicht andeutet. Wir betrachten zunächst den ersten Fall. Sind die Kinder minderjährig, so ist die überlebende Mutter — mag sie nun alleinige Vormünderin sein oder die Vormundschaft zusammen mit den ihr zur Seite gesetzten Mitvormündern führen — in jeder Belastung des Gesamtvermögens an die der vormundschaftlichen Verwaltung überhaupt gezogenen Grenzen gebunden. Das gilt nicht nur für die Verpfändung, Bestellung von Servituten oder Reallasten, sondern überhaupt für jede direkte Beschwörung mit irgend welchen dinglichen Rechten, und bezieht sich nicht nur auf Immobilien, sondern ebenso auch auf Mobilien. Muß sie also die Verwaltung zusammen mit etwaigen Mitvormündern führen — so ist sie in der Regel an den Konsens der Letztern gebunden, ohne welchen solche Belastungsakte ungültig sein dürfen\*). In dieser Beziehung kann somit auf die frühern Ausführungen verwiesen werden. Nur wäre an dieser Stelle noch hervorzuheben, daß eine Belastung zugleich oder nur im Namen der Kinder umso unzulässiger wäre, als der parens superstes überhaupt nicht berechtigt ist, Verträge und Verpflichtungen irgend welcher Art auf den Namen der Kinder einzugehen. Denn diese würden dadurch auch, also mit ihrem ganzen Vermögen ohne Unterschied persönlich mitobligiert werden, wogegen das Gesetz (Art. 1827) sie nur mit ihren ideellen Antheilen haftbar werden läßt. Darauf weist auch — wenigstens für das livländische Stadtrecht — Gürgens\*\*) hin, allerdings unter Bezugnahme nur auf die großjährigen Kinder, während doch bei Minderjährigkeit der Kinder dieser Gesichtspunkt in noch viel höherem Maßstabe zur Sprache kommen dürfte. —

Wie verhält es sich aber — wenn wir von der soeben erwähnten Belastung der Gesamtmasse resp. einer solchen nur im Namen der Kinder absehen — in dem Falle, wenn die Kinder bereits großjährig sind, und mit der Mutter im Sammtgute sitzen bleiben — mag es sich nun um eine wahre Fortsetzung der Gütergemeinschaft handeln oder nicht — also jedenfalls sich nicht abgetheilt haben?

Handelt es sich zunächst um Immobilien, so ist jede Belastung derselben seitens der Wittwee, nach liv- und esthländischem Landrecht auch die nur ihren ideellen Antheil betreffende\*\*\*), an die Zustimmung

\*) Sollen Mobilien von besonderem Werth belastet, also z. B. verpfändet werden, so würde nach liv- und esthländischem Stadtrecht der Fall der wichtigen Angelegenheiten (vgl. Art. 286) vorliegen, die Wittwee somit zur Zuziehung der Mitvormünder verpflichtet sein.

\*\*) Vgl. dessen Schrift: Die Lehre von der Gütergemeinschaft 2c. § 44, S. 146.

\*\*\*) Cfr. Art. 1715.

resp. Mitwirkung der (großjährigen) Kinder gebunden und ohne eine solche — wie bereits früher gezeigt wurde — schlechtweg ungültig, schon deshalb, weil darin eine eventuelle Veräußerung liegen würde. Anders, wenn Mobilien — und zwar solche, die nicht zum Sondergut der Wittwee gehören — als Gegenstand der Belastung in Frage kommen. Da nämlich der Mutter nach allen Statutarrechten die Verwaltung beider Vermögensmassen, also gerade auch des Mannesnachlasses zusteht\*), so wird nur diejenige Schuldbelastung oder sonstige Beschwerung, die sich mit einer ordnungsmäßigen Verwaltung, zu der ja die Mutter auch ihren großjährigen Kinder gegenüber verpflichtet ist, schlechterdings nicht verträgt, letzterer ohne Einwilligung der Kinder nicht zu gestatten sein, und zwar auch dann nicht, wenn sie etwaige Rathsfreunde oder Beiräthe zu solchen Rechtsakten hinzuzieht. Abgesehen aber von der eo ipso eintretenden Folge der Nichtigkeit sind die Kinder jedenfalls dazu berechtigt, Entfernung der Mutter von der Verwaltung und Einsetzung einer Kuratel über dieselbe zu verlangen\*\*). Eine schlechte Verwaltung der Wittwee wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn die Fälle der Schuldbeschwerung sich mehren. Die erstmalige Verschuldung braucht daher in der Regel darunter nicht zu fallen. Im Einzelnen muß die Frage, ob die betreffende Schuldbelastung zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehört oder nicht, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden. Eine Ausnahmestellung dürften auch hier wiederum die „fahrende Habe“ der Wittwee nach liv- und esthländischem Landrecht sowie nach allen Statutarrechten das Sondergut der Wittwee beanspruchen. Denn da sie nach Art. 1717 über erstere die volle Verfügungsfreiheit besitzt und auch über letztere nach Gefallen disponiert (Art. 27), so muß sie natürlich auch das Recht haben, diesen Theil des Vermögens nach Belieben und, zu welchen Zwecken sie immer will, mit Schulden zu belasten, ohne daß den Kindern ein Einspruchsrecht hiergegen zusteht. Dasselbe ist der Fall mit den ausstehenden Schuldforderungen, die sie nach livländischem Landrecht zu dem auf sie bei der künftigen Theilung entfallenden Betrage jedenfalls belasten, also z. B. verpfänden darf. (Vgl. arg. Art. 1717 zit.) Außer dem eben genannten Fall ist aber die Gültigkeit derartiger Belastungsakte überall dort zu behaupten, wo letztere

\*) Daß solches auch in den älteren deutschen Statutarrechten der Fall war, darüber vgl. man noch besonders Runde, Güterrecht, § 133, S. 296 f., u. § 143, S. 320, u. Pauli, Abhandlungen, Bd. II, § 111, S. 249, § 4, S. 14. —

\*\*) Vgl. für die früheren deutschen Partikularrechte Runde, Güterrecht, § 143, S. 321, u. § 134, S. 298. —

die Grenzlinien der ordnungsmäßigen Verwaltung nicht überschreiten oder doch im Zusammenhang mit der Wittwee an sich erlaubten Rechtsgeschäften stehen, sowie dann, wenn sie mit den in Art. 56 aufgezählten Schulden zusammenfallen, von denen späterhin die Rede sein wird. —

Von dem vorigen verschieden ist der zweite Fall. Die Wittwee hat Schulden kontrahiert, die zunächst keine direkte Belastung des Gesamtvermögens oder des ehemännlichen Nachlasses involvieren. Sie hat z. B. eine Darlehns- oder Wechselschuld aufgenommen oder sie hat Schuldverbindlichkeiten kontrahiert, die aus einem ihr erlaubten Rechtsgeschäfte herrühren zc. Eo ipso wird sich in diesen Fällen — mögen die Kinder nun voll- oder minderjährig sein — die Richtigkeit einer solchen ohne Hinzuziehung der eventuellen Rathsfreunde oder Mitvormünder seitens der Wittwee erfolgten Schuldenkontrahierung schwerlich behaupten lassen. Eine Belastung der Kindestheile, geschweige denn ein Antasten der Gesamtmasse, überhaupt ein direktes Einwirken auf letzteren liegen ja nicht vor und auch rein äußerlich kann man es der Wechsel- oder Darlehnschuld nicht ansehen, daß sie in irgend welchen direkten Beziehungen zum Gesamtvermögen steht oder auch nur im Hinblick auf letzteres aufgenommen worden ist. Dazu kommt dann noch die Erwägung, daß die von der Mundialgewalt des Ehemannes durch den Tod des letzteren befreite Wittwee in ihrer Dispositionsbefugniß überhaupt, besonders aber auch in dem Recht, wirksame Schulden zu kontrahieren d. h. solche Schulden, derentwegen die Gläubiger sich auch an den ehemännlichen Nachlaß halten können, unmöglich ungünstiger, sondern eher günstiger d. h. unbeschränkter als zu Lebzeiten ihres Mannes dastehen kann. Und doch konnte — wie gezeigt wurde — schon die unter dem Mundium ihres Mannes stehende Ehefrau in einer Reihe von Fällen auch ohne seine Zustimmung oder Mitwirkung rechtswirksame Schuldverbindlichkeiten eingehen. Um soviel mehr muß sie es also jetzt können, wo die Schranke des ehemännlichen Mundiums mit den daraus fließenden Rechten des Mannes weggefallen ist. — Im Uebrigen wird es auch hier wieder zweckmäßig sein, zu unterscheiden, ob die Kinder minderjährig oder volljährig sind. War ersteres der Fall, so werden nach Maßgabe der schon an früherer Stelle dargelegten Grundsätze des Vormundschaftsrechts die eventuellen, der Wittwee beigeordneten Mitvormünder, die nächsten Anverwandten der Kinder oder schlimmsten Falls die Waisenbehörde selbst auf Grund eigener Wahrnehmung oder in Folge ihr von unbetheiligter dritter Seite gewordener Anzeige hin nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein, die Wittwee, wenn sie Schulden kontrahiert, die das Maß einer ordentlichen Verwaltung überschreiten, von letzterer zu entfernen, und dann werden derartige Schulden, namentlich, wenn sie nach Entfernung der Wittwee von der Ver-

waltung aufgenommen wurden, die Gesamtmasse allerdings nicht ergreifen, die ideellen Antheile der Kinder also nicht mitbelasten können. Denn es würde mit den Interessen der Kinder schlimm aussehen, wenn es der Wittwe gestattet sein sollte, den Gesamtnachlaß zu überschulden und dadurch die dereinstige Realisirung der den Kindern daran zustehenden ideellen Antheile für letztere einfach illusorisch zu machen. — Jede andere Schuldenaufnahme dagegen, die mit einer ordnungsgemäßen Verwaltung vereinbar ist\*), dürfte zweifelsohne der Wittwe jederzeit freistehen und sich auch dann als rechtswirksam erweisen, wenn sie ohne Hinzuziehung von Rathsfreunden stattfand. Das muß auch für das liv- und esthländische Stadtrecht gelten, denn wenigleich der hier einschlägige, mehrfach zitierte Art. 286 bei allen „wichtigen Angelegenheiten“ der Wittwe vorschreibt, die sogenannten „Beiräthe“ d. h. Mitvormünder hinzuzuziehen, so bezieht sich das doch wohl nur auf diejenigen Fälle, wo ein wirkliches und direktes Disponieren resp. Einwirken der Wittwe auf das Gesamtgut stattfindet, was im vorliegenden Falle aber nicht zutreffen dürfte. Und da die fortgesetzte Gütergemeinschaft eine Gemeinschaft auf „Gedeih und Verderb“ ist, so müssen die Kinder, da auch die Vortheile der Gesamtmasse letzterer zuwachsen, es sich bis zu einem gewissen Grade gefallen lassen, daß auch die Nachtheile d. h. in diesem Falle die von der Mutter kontrahierten Schulden ihre ideellen Antheile mittreffen. —

Sind die Kinder volljährig, so sind sie zwar auch nicht berechtigt, jede einzelne Schuldkontrahierung ihrer Mutter anzufechten. Eine solche wird vielmehr in der Regel rechtsgültig sein und die ganze Gesamtmasse, somit also auch die ideellen Antheile der Kinder ergreifen. Allein sobald die Schulden übermäßige sind d. h. über den Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung hinausgehen, so können die Kinder sich gegen den ihnen in Folge übermäßiger Verschuldung drohenden Verlust ihrer Antheile durch Entfernung der Mutter von der Verwaltung resp. Beantragung einer Kuratel\*\*) über dieselbe in genügender Weise schützen, und für das kurländische Landrecht\*\*\*) kommt noch hinzu, daß die volljährig gewordenen Kinder sofortige Theilung des Nachlasses von der Mutter fordern können. Für das livländische Stadtrecht wird das Recht der Wittwe, rechtsgültige Schulden zu kontrahieren d. h. solche, für die die ganze Gesamtmasse verhaftet wird, schon durch den kurz vorher zitierten Art. 1827 bewiesen. Wie aber

\*) Dahin würde es namentlich gehören, wenn die Schuld offensichtlich zu Verwaltungszwecken gemacht wurde, vgl. R u n d e, Güterrecht, S. 255.

\*\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

\*\*\*) Vgl. Art. 1775 ztt.

einerseits dieser Artikel nicht etwa dahin zu verstehen ist, daß die Kinder etwa gezwungen sein sollen, der leichtfertigen Ueberschuldung des Sammtgutes abseits der Wittwee ruhig zuzusehen, sondern daß sie vielmehr zur Ergreifung der oben erwähnten Sicherheitsmaßregeln gegenüber einer solchen gewissenlosen Handlungsweise berechtigt sind, so muß man ihn anderseits auch wieder so auslegen, daß die regelmäßige Gültigkeit der von der Wittwee allein kontrahierten Schuldverbindlichkeiten an die Zustimmung oder Mitwirkung weder der Kinder noch etwaiger Rathsfreunde gebunden ist. Haben aber die Kinder in die Darlehnsaufnahme zc. eingewilligt, so können sie dieselbe hinterher sogar dann nicht mehr anfechten, wenn die Schuld den Betrag des Sammtgutes nahezu erschöpft oder doch in keinem Verhältniß zu letzterem steht. —

Im Allgemeinen wird man also die Berechtigung der Wittwee, selbstständig ohne Einwilligung resp. Mitwirkung ihrer Kinder oder bei Minderjährigkeit der Letztern — ihrer Vormünder — Schulden in wirksamer, die Gesamtmasse obligierender Weise zu kontrahieren, für das baltische Privatrecht so wenig wie für die Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts in Abrede stellen oder sie auch nur an die Mitwirkung etwaiger Beiräthe oder Rathsfreunde binden dürfen\*). Besonders klar und wohl kaum einer tiefergreifenden Beweisführung bedürftig sind diejenigen Fälle, wo es sich einfach um eine Ausdehnung des in direkter Form allerdings nur von der Ehefrau durante matrimonio sprechenden Art. 56 auf die Wittwee handelt. Der Ehemann muß nämlich alle Schulden, die von der Frau, auch ohne sein Wissen, entweder im Bereich des innern Hauswesens, zu ihrem und der andern Familienglieder Bedarf, in dringender (ächter) Noth kontrahiert wurden, oder ihn, unabhängig hiervon, bereichert haben, nicht nur anerkennen, sondern sogar auch mit seinem eigenen Vermögen dafür aufkommen. Mit andern Worten: solche Schulden der Frau, auch wenn sie von letzterer ganz allein, ohne Assistenz oder Beirathenschaft männlicher Personen eingegangen wurden, sind rechtsgültig und geben einen vollstreckbaren Titel in die Vermögensmasse beider Ehegatten. Und zwar gilt die Vorschrift des gedachten Art. 56 nicht nur für die Landrechte und das kurländische Stadtrecht, sondern auch für das liv- und esthländische Stadtrecht, wie aus Artt. 88 und 103 genugsam erhellt. Wenn nun aber schon die noch unter der ehelichen Vormundschaft des Mannes stehende Ehefrau solche Schulden, wie die in Art. 56 zit. genannten, in gültiger, rechtswirksamer Weise und zwar allein, ohne Assistenz des Ehemannes oder eines Dritten kontrahieren kann, um wie-

---

\*) So auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft des livländischen Stadtrechts, Gürgens: Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft nach livländischem Stadtrecht, § 46, S. 152.

viel mehr muß es nicht die Wittwee können, die unter keinerlei ehemännlicher Vormundschaft mehr steht und in der Mehrzahl der Fälle, namentlich bei Volljährigkeit der Kinder, beide Vermögensmassen sogar allein verwaltet und die Nutznießung am Mannesgut hat!?

Auch der §. 4 des Art. 56 zit., der von den Schulden spricht, die den Mann bereichern, läßt sich ungehindert auch auf die Person der ohne Wissen oder Willen ihrer Kinder resp. deren Vormünder kontrahierenden Wittwee ausdehnen. So wie der Mann durante matrimonio in der angegebenen Weise bereichert wird, so erscheint das von ihm hinterlassene Vermögen zum Besten der Kinder durch die Schuldkontrahierung vergrößert. Die Kinder sind also jedenfalls — mag auch die Mutter testamentarisch oder ab intestato am ehemännlichen Nachlaß partizipieren — durch die seitens ihrer Mutter erfolgte Schuldaufnahme gleichfalls, ja vielleicht in erster Linie bereichert. — Es ist deshalb unzweifelhaft, daß alle die von der Wittwee in den Fällen des Art. 56 §. 1—4 kontrahierten Schulden die ganze Gesamtmasse resp. beide Vermögensmassen ergreifen und die eventuellen Gläubiger berechtigen, an der gesamten Vermögensmasse, ohne jeden Unterschied, Befriedigung für ihre Forderungen zu erlangen, so daß mithin die künftigen Antheile der Kinder verhältnißmäßig umsoviel geschnitten werden. —

Mit den aus unerlaubten Handlungen — und zwar speziell den aus Deliktsschulden herrührenden Schulden — der Frau ist es etwas anderes. Zwar nicht nach libländischem Stadtrecht. Denn ebenso wie im vorigen Falle läßt sich aus Art. 90 sehr wohl folgern, daß auch die Wittwee mit ihren Deliktsschulden die gesammte in der fortgesetzten Gütergemeinschaft unter ihrer Hand vereinte Gütermasse, wenigstens subsidiariter, wenn ihr spezielles Vermögen hierzu nicht ausreicht, verpflichtet\*). Allein diese Konstruktion versagt bei den übrigen baltischen Statutarrechten. Denn da die von der Ehefrau durante matrimonio herrührenden Deliktsschulden nur aus ihrem speziellen Vermögen — und zwar zunächst aus ihrem Sondergut — zu bezahlen sind\*\*), so kann man offenbar auch der Wittwee nicht gestatten, durch von ihr herrührende Deliktsschulden die in ihrer Hand vereinigten Vermögensmassen über ihr spezielles Vermögen hinaus resp. auf mehr als der ihr bei der künftigen Theilung gebührende Antheil beträgt, haftbar zu machen, wofern nicht

\*) Wenn Art. 1827 die Gesamtmasse für alle, auch während der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinzugekommenen Schulden haften läßt, so hat er dabei wohl zweifellos die in der Person der Wittwee entstandenen Deliktsschulden nicht im Auge. — Die entgegengesetzte Ansicht von G ü r g e n s, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, S. 146, kann ich nicht billigen. —

\*\*) Vgl. Artt. 57, 88 und 103 Th. III des Prov. Rts.

die Kinder resp. ihre Vormünder dergleichen Deliktsschulden anerkennen und damit gleichsam auch zu den ihrigen machen. — Endlich aber werden hierher — außer den schon erwähnten, eigens zu Zwecken der Verwaltung von der Wittwee kontrahierten Schulden — auch noch alle diejenigen Fälle zu rechnen sein, wo die Wittwee Kauffrau noch von Lebzeiten des Mannes her ist und die betreffende Schuld gerade zu Zwecken des Handelsbetriebes aufgenommen hat\*). Auch wegen dieser Schulden dürfen sich die Gläubiger an die gesammte, in der Verwaltung und Nutznießung (resp. in letzterer allein) der Wittwee befindliche Gütermasse halten. — Wenn also die Wittwee nach baltischem Recht die Gesammtmasse durch ihre Schulden in wirksamer und auch die Antheile der Kinder belastender Weise obligieren d. h. wenn sie die Gütermasse, wenigstens unter Umständen, direkt mit Schulden beschweren darf, so wird jedenfalls der Umstand allein, daß sie bei Kontrahierung der Schuld einen Rathsfreund oder Beirath nicht hinzugezogen hat, keinen genügenden Grund zur Anfechtung dieses Rechtsgeschäfts — von welcher Seite sie auch kommen mag — abgeben. —

Erst jetzt läßt sich auf die an früherer Stelle dieser Abhandlung aufgeworfene, in der Litteratur des baltischen Rechts strittige Frage zurückgreifen, ob es nämlich Nichtigkeit zur Folge hat, wenn die Wittwee innerhalb des Wirkungsgebietes derjenigen Statutarrechte, die sie zur Hinzuziehung der vormünderischen Rathsfreunde zu einem von ihr in casu concreto vorzunehmenden Rechtsgeschäfte, insbesondere auch einer Schuldkontrahierung verpflichten, eine solche Hinzuziehung unterläßt, oder ob solche Rechtsakte, sogar wenn sie gegen den Willen der vormünderischen Rathsfreunde vorgenommen wurden, rechtswirksam sind resp. es bleiben!? Nach unsern vorherigen Ausführungen gestaltet sich die Beantwortung derselben zu Gunsten einer absoluten Nichtigkeit und zwar sehr einfach: es handelt sich hier um eine Präzeptivnorm, eine bindende, der Partheidisposition nicht unterworfenene Rechtsnorm, um sogenanntes „zwingendes“ Recht, welche Natur allen Rechtssätzen, die mehr oder weniger auf obligatorische Beobachtung einer Formvorschrift hinauslaufen, eigenthümlich zu sein pflegt. Dasselbe dürfte für die Fälle gelten, wo die Wittwee nach Prov. R. zur wirksamen Verfügung über Immobilien die Zustimmung der volljährigen Kinder einholen muß, insofern nämlich die Nichtbeobachtung dieses Erfordernisses seitens der Wittwee, ganz wie bei der Nichtzuziehung der vormünderischen Rathsfreunde, Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge haben muß. —

---

\*) Vgl. Pauli, Abh. aus dem Lüb. R. Bd. II, S. 144.



Die Fähigkeit der Wittwe zur Testamentserrichtung überhaupt muß für das baltische Recht in Uebereinstimmung mit dem frühern gemeinen deutschen Privatrecht\*) allseitig zugestanden werden. — Denn unter den Personen, die nach Art. 1984—1989 der aktiven Testamentifikation entbehren, sind die Wittween nicht genannt. Die einzige, uns schon bekannte Beschränkung, der nach Art. 1991 die testierende Ehefrau unterliegt, nämlich die obligatorische Mitwirkung resp. Weirathschaft des Ehemannes oder eines Rathsfreundes — je nachdem, ob sie zu Gunsten eines Dritten oder des Ehemannes selbst testiert — wenn sie sich in der Mitunterzeichnung der Testamentsurkunde ausdrückt, verträgt gewiß keine analoge Ausdehnung auf die Wittwe, da die eheliche Vormundschaft über die Frau mit den daraus fließenden Befugnissen mit dem Tode des Ehemannes erlischt, folglich also kein parens superstes nachbleibt, dessen Verwaltungs- oder Nutznießungsbefugnisse an der Gesamtmasse durch diese testamentarische Disposition beeinträchtigt werden könnten. Und die Kinder gelten, wie wir schon früher gesehen haben, in dieser Hinsicht keineswegs als an Stelle des verstorbenen Mannes getreten. — Aus diesem Grunde bedarf auch die beerbte Wittwe an und für sich zur Testamentserrichtung überhaupt garkeines Weirathes oder Rathsfreundes und zwar auch dann nicht, wenn sie ein Testament zu Gunsten der vom Mann ihr hinterlassenen Kinder oder wenn sie — in beiden Fällen natürlich Reval und Kurland ausgenommen, wo ja nicht einmal die Ehefrau hierzu der ehemännlichen Assistenz benöthigt ist — gemeinsam mit ihrem einzigen Kinde ein gegenseitiges Testament errichtet, denn die vom Gesetzgeber offenbar gehegte Furcht, der Ehemann als der auch an Willenskraft und Charakter stärkere und energischere Theil könnte die Frau leicht zu sehr zu seinen eigenen Gunsten und zum Nachtheil der eventuellen Kindern oder sonstigen nähern Verwandten beeinflussen, ist durch den Tod des Mannes offenbar gegenstandslos geworden. Und will man in Art. 1991 zit. überhaupt nichts als einen Ueberrest der längst antiquierten Geschlechtsvormundschaft erblicken, so muß auch diese als mit dem Tode des Ehevogtes erloschen angesehen werden. Will sie z. B. zu Gunsten entfernterer Seitenverwandten u. testieren, so brauchen die Kinder hierzu nicht ihre Einwilligung zu geben und die Testamentsurkunde nicht mitzuunterzeichnen. — Was aber das kurländische und revalsche Recht anbelangt, so läßt sich die Fähigkeit der Wittwe, selbstständig ohne jede Mitwirkung eines Rathsfreundes oder der (volljährigen) Kinder ein gültiges Testament zu errichten, schon aus Art. 1992 ableiten. Denn wenn hiernach schon die doch unter dem Mundium des Ehemannes stehende Ehe-

\*) Vgl. statt vieler Pauli l. c. Bd. III, § 3, S. 410—412 u. S. 434—435.

frau ohne Rathsfreund oder ohne den Ehemann testieren kann, umsoviel mehr muß sie das nach dem Tode des Mannes können, der die ehewormundschafftliche Gewalt des letztern ipso jure aufhebt, ohne daß etwa andere Personen oder gar die Kinder resp. ein Kurator an die Stelle des verstorbenen Mannes treten. — Auch die Minderjährigkeit der Wittwee rechtfertigt meiner Ansicht nach keine abweichende Behandlung, denn da die minderjährige Ehefrau eben schon durch die Heirath rechtlich volljährig geworden ist und diese rechtliche Stellung nie mehr, auch nach Auflösung der Ehe nicht, einbüßt (vgl. diese Abhandlung, passim), so kann auch Art. 1989, der Minderjährigen die aktive Testamentifikation versagt, auf die Person der minderjährigen Wittwee jedenfalls keine Anwendung finden\*). Wenn nun aber auch die testamenti factio activa der Wittwee (auch der beerbten) nicht zu leugnen ist, so braucht deshalb allein das Testament nach seiner inhaltlichen d. h. materiell-rechtlichen Seite hin durchaus noch nicht gültig zu sein. Die Frage der materiell-rechtlichen Vollgültigkeit resp. Unanfechtbarkeit solcher Testamente ist also von der andern Frage, ob die testierende Wittwee die aktive Testamentsfähigkeit hat, auch wenn sie dabei ohne Mitwirkung eines Rathsfreundes handelte, sorgfältig zu trennen. In der Literatur des baltischen Rechts sowie in der Praxis der ehemaligen Stadtgerichte wird die erstgenannte Frage — wenn auch allerdings nur in Bezug auf das livländische Stadtrecht — dahin beantwortet, daß die beerbte Wittwee über das in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindliche Vermögen nur zu demjenigen Theil zu verfügen berechtigt ist, der ihr bei der bereinstigen Theilung gesetzlich oder ab intestato mit den Kindern zum vollen Eigenthum zufallen würde. Dahin sprechen sich von älteren Schriftstellern Bunge: das Civ- und Esthl. Priv. R. Bd. II, § 424, S. 428, von neueren B. Kupffer in seiner mehrfach erwähnten Schrift: „Befugniß der Betheiligten zur letztwilligen Verfügung über das in der Gütergemeinschaft begriffene Gut“, in Jahrg. VII der dorpater Zeitschrift, S. 286 aus und denselben Standpunkt vertritt auch ein Erkenntniß des Rigaschen Rathes vom 18. November 1881, sub Nr. 7543\*\*), im Gegensatz zu einigen früheren Entscheidungen, die der Wittwee ein solches Recht nicht gewähren\*\*\*). Jedoch verdient die von Bunge, Kupffer und dem im Text genannten Urtheil des Rigaschen

\*) Anderer Ansicht, wiewohl mit Unrecht, Erdmann, System, Bd. III, § 234, S. 168, Note 3.

\*\*) Vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, Bd. VI, S. 96 f.

\*\*\*) Vgl. Urtheil des Rigaschen Rathes vom 2. Mat 1873, sub Nr. 1581 (Zwingmann'sche Sammlung, Bd. III, S. 107 ff.). —

Rathes vertretene Ansicht wohl den unbedingten Vorzug. Denn wie namentlich Ruppfer l. c. S. 285 mit Recht hervorhebt, gestattet Art. 1427 in fin. die unausweichliche Schlußfolgerung, daß auch dem überlebenden Ehegatten ideelle Antheile an der in der fortgesetzten Gütergemeinschaft verfangenen Vermögensmasse gebühren, über die man ihm natürlich volle Testierfreiheit einräumen muß. Und ebenso richtig ist es, wenn das im Text angeführte Urtheil des Rigaschen Rathes sub Nr. 7543 auf die Analogie des Art. 2681 und der Artt. 930 und 938 hinweist, von denen die beiden letztern von der Befugniß des Miteigenthümers handeln, seinen Eigenthumsantheil beliebig zu veräußern oder zu belasten, während sich aus ersterem die Schlußfolgerung ableiten läßt, daß der Miterbe zwar nicht über die Antheile der andern Erben, wohl aber über seinen eigenen Antheil nach Belieben verfügen darf. —

Und auch die Grundsätze der fortgesetzten Gütergemeinschaft werden durch das Recht der Wittwee, über das ihr ab intestato oder laut Ehe resp. Erbvertrag dereinst Gebührende testamentarische Verfügungen zu treffen, keineswegs alteriert. Denn das Testament kann ja erst nach dem Tode der Wittwee in Kraft treten, der doch die prorogierte Gütergemeinschaft ipso jure aufhebt. Und dazu kommt, daß der parens superstes schon zu seinen Lebzeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch freiwillige Abtheilung ein Ende machen kann \*). Es werden also die ideellen Antheile der Kinder durch eine nur den Antheil der Wittwee resp. überhaupt alles das, was bei der dereinstigen Theilung laut Gesetz ihr zufällt, treffende testamentarische Disposition der letzteren in keiner Weise verletzt und solche Testamente werden daher insoweit auch wirksam sein müssen, unwirksam d. h. anfechtbar dagegen, soweit sie über den ihr zukommenden Theil hinausgehen. Dagegen ist die gelegentliche Äußerung Bunge's, die Wittwee müsse, auch wenn sie bloß über ihren Antheil testiere, einen „Kurator“ hinzuziehen \*\*), wenigstens für das heutige ostseeprovinzielle Recht durchaus unzutreffend. Denn es giebt kein Gesetz, das der Wittwee die Testamentifikation auch innerhalb der bezeichneten Grenze nur unter Beiordnung eines „Rathsfreundes“ \*\*\*)) im Sinn eines Kurators gestattet. Und wenn sie auch einen solchen hinzuziehen sollte, so gewinnt das Testament dadurch doch keine größere Kraft, als sie ihm gesetzlich ohnehin zusteht. — Wichtig, aber wohl selbstverständlich ist es, wenn Ruppfer l. c. S. 286 meint, daß der parens superstes bei einer solchen

\*) Vgl. Art. 1829. —

\*\*) Cfr. Bunge, Stv- u. Ertthl. Priv. R. Bd. II, S. 428.

\*\*\*)) Wenn Bunge an der zit. Stelle von einem „Kurator“ spricht, so meint er damit augenscheinlich nur den Beirath oder Rathsfreund als Ueberbleibsel der alten Geschlechtskuratel.

Testamentserrichtung stets auf die Möglichkeit Rücksicht nehmen müsse, daß sein Antheil sich bis zu seinem Tode quantitativ ändern könne oder daß die mit ihm etwa konkurrierenden Kinder sterben können, ohne Zeißezerben zu hinterlassen. —

Derselbe Grundsatz, nämlich daß die Wittwe über denjenigen Antheil, der ihr bei der künftigen Theilung mit den Kindern gesetzlich oder ab intestato zu freien Verfügung d. h. zu vollem Eigenthum zufällt, gültig testiert, ohne hierzu der Mitwirkung eines Rathsfreundes zu bedürfen, läßt sich m. E. n. ohne Schwierigkeit auch auf die anderen baltischen Statutarrechte ausdehnen. So zunächst auf das esthländische Stadtrecht. Die ältere Theorie leugnet freilich die Testierbefugniß der Wittwee über den auf sie dereinst entfallenden Theil \*), allein ohne ersichtlichen Grund. Und vollends läßt auch das Provinzialgesetzbuch nichts von einer solchen Beschränkung der Wittwee, die in der That unbegreiflich wäre, merken. Im Gegentheil liegt es doch wohl viel näher, aus Art. 1992, der die Ehefrau nach Revalschem Recht formell auch ohne Beirath resp. Einwilligung des Ehemannes testieren läßt, zum mindesten auf dieselbe materiellrechtliche Befugniß der Wittwee zur aktiven Testamentifikation, die ihr nach livländischem Stadtrecht zukommt, zu schließen. Und sodann spielen hier auch sonst ähnliche Erwägungen, wie sie hinsichtlich des livländischen Stadtrechts geltend gemacht wurden, mit. So hat beispielsweise auch nach esthländischem Stadtrecht der überlebende Ehegatte gleich den Kindern ideelle Antheile wenigstens am Nachlaß des verstorbenen Mannes, wie aus Artt. 1850 ohne Weiteres gefolgert werden kann. Und da er nach Art. 1846 die prorogierte Gemeinschaft jederzeit freiwillig durch Abtheilung aufheben kann, so kann ihm auch das Recht, gültige testamentarische Verfügungen zu treffen, bis zu einem gewissen Grade wenigstens, nicht verwehrt sein. Soweit also die Wittwee ihre testamentarische Verfügung auf den ihr gesetzlich zukommenden Kopstheil aus dem ehemannlichen Nachlaß \*\*) beschränkt, wird sich dieselbe ebenso unanfechtbar erweisen, wie wenn sie nach livländischem Stadtrecht über die Hälfte oder ein Drittel des Nachlasses \*\*\*) testiert. — Und dann trifft doch auch der andere Grund hier ebenso wie für das

\*) So z. B. Bunge, *Urb- u. Esthl. Priv. R.* Bd. II, § 425, S. 433, der hier unter dem offenbaren Einfluß der Theoretiker des lübischen Rechts steht, die, wie namentlich Pauli, *l. c.* Bd. II, § 28, S. 143, lehren, daß die Wittwee auch über ihren ideellen Antheil nicht ohne Konsens der Kinder letztwillig verfügen dürfe, dagegen zu einer solchen Verfügung über fahrende Habe und „Zugebörnde“ — allerdings nur vor dem Rathe — berechtigt sei. —

\*\*) *Gfr. Artt. 1862 u. 1863.*

\*\*\*) *Vgl. Artt. 1831 u. 1832.*

libländische Stadtrecht zu, nämlich daß der Gültigkeit einer in den erwähnten Grenzen sich haltenden testamentarischen Verfügung schon deshalb nichts im Wege stehen kann, weil letztere doch erst nach dem Tode der Wittwee in Kraft tritt, durch letzteres Ereigniß aber die prorogierte Gemeinschaft resp. der Beisitz überhaupt ebenso aufhören wie in Folge einer Theilung oder Aussage. Irgend welche rechtliche Interessen der Kinder werden also durch Gewährung des obenerwähnten Rechts der Testierfreiheit an die Wittwee nicht gefährdet. Es läßt sich also der von Bunge l. c. im Anschluß an Pauli l. c. für das lübische Recht vertretenen Ansicht über die Ungültigkeit eines Testaments, worin die Wittwee über ihren ideellen Antheil verfügt, nicht beipflichten. — In derselben Weise läßt sich die Testierfreiheit der Wittwee über den ihr ab intestato oder bei einer eventuellen Theilung, laut Testament des Mannes, resp. laut Erb- oder Ehevertrag dereinst zufallenden Vermögensantheil oder über das sonst von ihr Erworbene oder nur ihr Zugefallene auch für die übrigen Statutarrechte begründen. — Im Einzelnen ist dabei zu bemerken: nach lib- und esthländischem Landrecht zunächst wird eine testamentarische Verfügung der Wittwee, die sich bloß auf den ihr im Falle einer dereinstigen Abtheilung zukommenden Kindesheil der ausstehenden Schuldforderungen, den Kindesheil an Immobilien und auf die fahrende Habe\*) erstreckt, auch inhaltlich nicht anfechtbar sein\*\*). Für die fahrende Habe wird solches durch Art. 1725 sogar direkt bestätigt, denn letzterer sagt es mit dürren Worten: die Wittwee kann über die ihr zugewallene fahrende Habe auf den Todesfall frei verfügen, da sie ihr volles Eigenthum wird, und in Bezug auf den ihr gebührenden Theil der ausstehenden Schuldforderungen gesteht ihr Art. 1731 das Recht der freien Verfügung indirekt mit dem Bemerkten zu, daß sie diesen Antheil auf ihre Erben übertrage. — Was den Kindesheil der Wittwee an Immobilien anbetrifft, so ist zwischen Landgütern einerseits und städtischen Grundstücken sowie den dem verstorbenen Ehemann nicht zum Eigenthum zugehörig gewesenen Landgütern (z. B. Pfandbesitzgütern) zu unterscheiden. In Libland kann sie auch über ihren Kindesheil an denselben gar nicht, also auch nicht testamentarisch verfügen, weil sie daran, mag sie denselben nun in Natur oder dessen abgeschätzten Betrag in Geld erhalten,

---

\*) Dazu gehören alle Mobilien des ehemännlichen Nachlasses, die Kleinodien, baares Geld, die im Hofe vorhandenen, in Esthland auch die bereits vom Hof abgeführten, aber noch unverkauften Bodenerzeugnisse, sowie die Gutsinventarium. — Nach lübischem Recht hatte die Wittwee über die fahrende Habe und das Ingekömde das freie Testierrecht, vgl. Pauli, Abhandlungen, Bd. II, (1840) § 28, S. 143.

\*\*) Vgl. Artt. 1722 u. 1723.

doch nur ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht hat, mithin also ihr Antheil nach ihrem Tode wieder an die Kinder zurückfällt \*). Dagegen kann sie es nach esthländischem Landrecht, wenn sie den ihr gebührenden Kindesestheil in Geld, nicht aber in Natur fordert. Denn nur in letzterem Fall hat sie ein bloßes lebenslängliches Nießbrauchsrecht, wogegen sie im ersteren Fall über den von ihr erhaltenen Kapitalantheil nach Willkühr, also wohl auch durch Rechtsgeschäfte von Todeswegen verfügen darf \*\*). Da sich aber erst bei wirklich erfolgender Abtheilung zwischen Mutter und Kindern herausstellen kann, ob erstere ihren Antheil in Geld oder in natura zu erhalten wünscht, so wird ihre testamentarische Verfügung nach esthländischem Landrecht ungültig sein, wenn sie vor erfolgter Theilung stattfindet und dabei ihren Antheil in natura zum Gegenstande hat, während nach libländischem Landrecht das Testament insoweit stets ungültig ist, mag sie nun über ihren Antheil in Natur oder in Geld verfügt haben. Im Uebrigen kommt hier — und zwar auch für das esthländische Landrecht — die Bestimmung des Art. 1738 in Betracht: stirbt die Wittwe nämlich vor Abtheilung mit den Kindern, so muß ihr Testament, soweit es ihren ideellen Kindesestheil an Immobilien und verbrieften Geldern betrifft, offenbar ungültig sein, weil ihr Unrecht darauf mit ihrem Tode ipso jure erlischt. Und andererseits: sind in diesem Fall außerdem noch die Kinder der Wittwe bereits vor ihr gestorben, so fallen noch esthländischem Landrecht an ihre nächsten Blutsverwandten: die gesammte fahrende Habe aus des Mannes Vermögen, die Hälfte von seinen Immobilien und verbrieften Geldern und ihr gesammtes eigenes Vermögen, — dagegen an die Verwandten des Mannes die andere Hälfte der Immobilien und die ausstehenden Schuldforderungen (Art. 1739). Insoweit also kann das diesen Bestimmungen widersprechende Testament von den Interessenten angefochten werden. — Handelt es sich aber um städtische Immobilien oder um solche Landgüter, an denen dem Erblasser nur ein neuerer Pfandbesitz und kein Eigenthumsrecht zustand, so kann die Wittwe nach esthländischem Landrecht über den ihr dereinst zufallenden Kopfstheil (d. h. Kindesestheil) jedenfalls mit voller Rechtswirksamkeit testamentarisch verfügen und denselben, wenn sie will, hinterlassen, freilich auch nur zu demselben Rechte, das ihrem Manne an dem ganzen Immobilien resp. Landgute zustand \*\*\*). In Libland entscheidet bei Grundstücken, die in der Stadt belegen sind, das libländische Stadtrecht. Kommen dagegen auf dem Lande belegene Häu-

\*) Vgl. Art. 1727.

\*\*) Vgl. Art. 1726.

\*\*\*) Vgl. Art. 1729.

fer sowie solche Grundstücke in Frage, die nicht Landgüter sind, sowie neue Pfandbesitzgüter, so kann sie über einen Kopfstheil eine gültige testamentarische Verfügung treffen — allerdings nur mit dem Rechte, das der Erblasser an dem ganzen Object hatte — bei den alten Erbpfandbesitzgütern sogar über einen Sohnesstheil\*). — Es kann aber auch sein, daß alle Kinder vor der Mutter, ohne Leibeserben hinterlassen zu haben, gestorben sind. Dann kann sie nach libländischem Landrecht jedenfalls über die fahrende Habe in dem bereits erwähnten Umfange sowie über die Hälfte der ausstehenden Schuldforderungen — oder, was dasselbe ist, der verbrieften Gelder — nach Gefallen testieren\*\*). Außerdem erhält die Wittwee noch die Hälfte der Immobilien, allein sie kann darüber nur in der Weise und bis zu dem Grade verfügen, wie über den ihr bei Konkurrenz mit den Kindern gebührenden Kopfstheil, d. h. lektwillige Verfügungen darüber sind, soweit sie Landgüter betreffen, nach libländischem Landrecht überhaupt wirkungslos, sonst aber gültig\*\*\*). Das esthländische Landrecht zeigt in diesem Fall nur die Abweichung, daß die Wittwee ihre Hälfte an den Immobilien stets in baarem Gelde erhält. Ueber eine Geldsumme, welche diesen Betrag nicht übersteigt, kann sie, wie Art. 1735 ausdrücklich sagt, „frei“ verfügen. — Dies gestattet die Schlußfolgerung, daß die Wittwee insoweit auch lektwillige Verfügungen darüber treffen darf†). — Nach kurländischem Land- und Stadtrecht wird bekanntlich unterschieden, ob die Wittwee Vermögen in die Ehe gebracht hatte oder nicht. Setzen wir den letzteren Fall, so erhält sie bei der Abtheilung mit den Kindern, wenn sie indigenatsadlig ist, einen Tochtertheil im Nachlaß ihres Mannes, wenn sie dagegen nicht zum Indigenatsadel gehört, einen Kopfstheil††). Hierüber wird sie denn auch gültig testieren können, wobei es gleichgültig ist, ob sie solches vor oder nach der Theilung thut. Hatte sie aber Vermögen in die Ehe gebracht, so kommt es wieder darauf an, ob sie zum Indigenatsadel gehört oder nicht. War ersteres der Fall, so erhält sie einen Kindesstheil von dem zum ehemännlichen Nachlaß gehörigen Vieh und Hausgeräth und den zehnten Theil des baaren, weder zur Verzinsung noch zur Abzahlung von Schulden bestimmten Geldes, das beim Ableben des Mannes im Hause vorrätig war†††). Man wird daher

\*) Arg. Art. 1730.

\*\*) Arg. Art. 1734.

\*\*\*) Vgl. Artt. 1734, 1727, 1730 u. 1731. —

†) Vgl. Artt. 1726 u. 1735.

††) Vgl. Artt. 1778 u. 1782.

†††) Vgl. Art. 1781.

nicht bezweifeln können, daß jede letztwillige Verfügung der Wittwe, die auf Objecte, wie die eben genannten, gerichtet ist, an und für sich wirksam sein muß. Nun hat freilich die indigenatsadlige Wittwe außerdem auch noch die Wahl, ob sie ihr Eingebrautes zurücknehmen oder den lebenslänglichen Genuß der doppelten Illatenzinsen beziehen oder aber einen Tochtertheil wählen will\*). Das kann sich aber doch nur entscheiden, wenn es zur faktischen Theilung zwischen der Wittwe und der Kinder kommt. Folglich kann sie eigentlich gar nicht vor erfolgter Theilung eine rechtswirksame letztwillige Verfügung über einen der in Art. 1777 erwähnten Vermögenswerthe treffen und sollte sie es dennoch thun d. h. über ihre Illaten oder einen Tochtertheil\*\*) (außer dem ihr auf Grund des Art. 1781 gebührenden) testieren, so muß sie jedenfalls ihre spätere Wahl mit ihrer diesbezüglichen letztwilligen Verfügung insoweit in Uebereinstimmung bringen. Gehört dagegen die Wittwe nicht zum Indigenatsadel, so gelten dieselben Grundsätze. Zwar das der indigenatsadligen Wittwe zustehende Leibgebing der doppelten Illatenzinsen hat sie freilich nicht, allein das ist von umso geringerer Bedeutung, als dieses Recht auch für die erstere testamentarisch nicht verwertbar sein dürfte. Die einzige Abweichung wäre somit nur die, daß sie keinen Tochter- resp. Kopftheil erhält und auch auf die der indigenatsadligen Wittwe auf Grund des Art. 1781 zukommenden Vermögenswerthe (d. h. einen Kindes- theil am Vieh- und Hausgeräth und den zehnten Theil des im Hause zur Zeit des Todes ihres Mannes befindlichen baaren Geldes) keinen Anspruch hat. —

Es bleibt nun noch das Piltensche Recht und das Recht der lib- und esthländischen Landgeistlichkeit übrig. — Was ersteres anbelangt, so erhält die Wittwe bei einer etwaigen Theilung jedenfalls immer ihren Schmuck sowie die Hälfte aller fahrenden Habe\*\*\*) und zwar — wie aus Art. 1795 hervorzugehen scheint — zu vollem Eigenthum. — Ueber diese Vermögenstheile wird man daher auch der Wittwe volle Testierfreiheit einräumen müssen, auch wenn sie das Testament vor erfolgter Theilung errichten sollte. Was ihr sonst noch aus der Nachlassmasse gesetzlich zufällt, erhält sie nur zu lebenslänglicher Nutznießung†), ein hierüber errichtetes Testament wäre also, da das Nießbrauchsrecht mit ihrem Tode erlischt, dementsprechend ganz wirkungslos. —

\*) Vgl. Art. 1777.

\*\*) Denn das Leibgebing an den doppelten Illatenzinsen verliert sie ja durch den Tod.

\*\*\*). Jedoch gehören dazu nicht: baares Geld, ausstehende Schuldforderungen, gemünztes oder zu Geräthschaften verarbeitetes Gold oder Silber, vgl. Art. 1795.

†) Vgl. Artt. 1793 u. 1794.



Für das gesammte kurländische Recht wird jedoch zu gelten haben, daß die Rechte der Nothherben von jeder testamentarischen Verfügung der Wittwee intact gelassen werden müssen. —

Der Wittwee eines zur livländischen Landgeistlichkeit gehörenden Predigers gebühren bei einer eventuellen Theilung mit den Kindern zunächst alle zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmt gewesenen Mobilien als Voraus, und von der alsdann übrigbleibenden Vermögensmasse — sie bestehe, worin sie sie wolle, in Mobilien, Immobilien oder baarem Gelde — die Hälfte\*). Alles das kann sie also in ihrem Testament hinterlassen, wenn sie will. —

Gehörte die Wittwee dagegen dem Stande der esthländischen Landgeistlichkeit an, so erhält sie ihr Eingebrautes als Voraus und von dem gesammten übrigbleibenden Vermögen die Hälfte\*\*). Hierüber kann sie daher testamentarisch nach Belieben verfügen. —

Wir haben den unserer Ansicht nach aus dem Provinzialgesetzbuch deduzierbaren allgemeinen Grundsatz, nämlich daß die Wittwee über dasjenige, was sie bei der Theilung mit den Kindern gesetzlich oder ab intestato von der Gesamtmasse resp. dem ehemännlichen Nachlaß zur freien Verfügung d. h. zu vollem Eigenthum erhält, auch die uneingeschränkte, volle Testierfreiheit hat, in seiner Anwendung auf die einzelnen Statutarechte aus dem Grunde genauer verfolgt, weil sich daraus eine nicht unwichtige Schlußfolgerung ableiten lassen mußte. Auf dem ganzen bergestalt eingeschlagenen Wege hat sich uns nämlich kein einziges Statutarrecht ergeben, das die Gültigkeit etwaiger, in den erwähnten Grenzen sich haltenden testamentarischen Verfügungen der Wittwee von der Hinzuziehung eines eventuellen Rathsfreundes oder gar der Kinder abhängig macht resp. überhaupt eine solche verlangt. Der letztwilligen Verfügungen wird in den allegierten Gesetzstellen überhaupt nur äußerst spärlich Erwähnung gethan und für gewöhnlich nur von dem Verfügungsrecht der Wittwee im Allgemeinen gesprochen, womit aber allerdings auch wohl letztwillige Verfügungen gemeint sind. Allein auch die Gesetze, die überhaupt von dem freien Verfügungsrecht der Wittwee über gewisse ihr zufallende Vermögenswerthe sprechen, lassen nirgends etwas davon merken, daß zur Gültigkeit der betreffenden Verfügungshandlung ein Rathsfreund hinzugezogen werden muß oder die Zustimmung der Kinder erforderlich ist. — So wenig demnach die Wittwee eines Rathsfreundes oder der Zustimmung ihrer

---

\*) Vgl. Art. 1808.

\*\*) Vgl. Art. 1816.

Kinder bedarf, wenn sie ihre testamentarische Verfügung nur darauf richtet, worüber ihr gemäß den vorhergehenden Ausführungen nach dem Gesetz zu testieren erlaubt ist, so wenig ist andererseits das die erwähnten gesetzlichen Grenzen überschreitende Testament der Wittwee rechtswirksam, gesetzt auch, daß ihrerseits zum Testamentsakt ein Rathsfreund oder die Kinder hinzu gezogen wurden. Keineswegs vermag sie dadurch ihrem Testament eine größere Kraft zu verleihen, als ihm ohnehin innewohnt. —

Die allgemeine in der Nutznießung, vielfach auch — wie besonders bei Volljährigkeit der Kinder — in der Verwaltung der Wittwee befindliche Vermögensmasse kann auch eine Vergrößerung erfahren, so z. B. durch Zinsenzuwachs, Verkauf von Früchten oder auf außerordentlichem Wege, wenn z. B. ein vom Ehemann hinterlassenes Prämienbillet einer staatlich genehmigten Lotterie gewinnt. Ein solcher Gewinn kommt natürlich der Nachlassmasse zu Gute\*). Für die fortgesetzte Gütergemeinschaft des libländischen Stadtrechts spricht man hier — worauf schon mehrfach hingewiesen wurde — von einer Gemeinschaft der Mutter und Kinder zu „Gedeih und Verderb“. — Die in Händen der Wittwee vereinigte Vermögensmasse kann aber auch dadurch einen Zuwachs erfahren, daß den einzelnen Theilnehmern der Gemeinschaft, nämlich der Mutter oder den Kindern, ein Vermögensgewinn zufällt. So z. B. kann die Wittwee etwas durch Schenkung oder laut Testament oder ab intestato erwerben und dasselbe ist auf Seiten der Kinder möglich. Auch ein solcher Erwerb wächst der Gesamtmasse zu\*\*), obwohl derselbe doch zunächst durch und für ihre Person geschieht. Allein der Testator oder der eventuelle Schenkgeber können einen derartigen Zuwachs zur Gesamtmasse verhindern, indem sie bestimmen, daß der betreffende geschenkte oder letztwillig vermachte Vermögenswerth der Gesamtmasse nicht zuwachsen, sondern sofort beim Erwerb ausschließliches, separates Eigenthum des Erwerbers werde, an dem Niemandem anders ein Recht als nur letzterem zustehen solle, ja es kann dies geradezu als (resolutive) Bedingung des Erwerbers gesetzt sein. Dann gelten hinsichtlich des Vermögensrechts der Wittwee die bisher vorgetragenen Grundsätze d. h. sie bedarf der Mitwirkung weder eines Rathsfreundes, noch ihrer Kinder resp. deren Vormünder, einerlei, ob es sich um Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder um solche von Todes wegen handelt. — Was aber die juristische Handlung der Erbschaftsantretung oder der Annahme von Schenkungen oder Vermächtnissen anbelangt, so bedarf die Wittwee

\*) Man vgl. Artt. 1806, 1827 u. 1852.

\*\*) Darauf weisen mehrere Artikel hin, vgl. z. B. Art. 1806, 1827 u. 1852.

auch hierzu keines Rathsfreundes oder der Zustimmung resp. Mitwirkung der Kinder, denn es handelt sich hier mehr um bloße Willenserklärungen, in deren Abgabe ja schon die Ehefrau, die doch noch unter vormundschaftlicher Gewalt des Ehemannes stand, selbstständig und in nichts beschränkt war — Nun ist es aber auch möglich, daß die Wittwe den ihr solchergestalt zufallenden Erwerb, also z. B. die Schenkung, die testamentarische resp. Intestaterbschaft oder das Vermächtniß ausschlägt, also auf die ihr angebotene Vermögensvergrößerung verzichtet. Der Gesamtmasse würde dadurch eventuell ein Vermögenszuwachs entgehen. Dessenungeachtet wird man die Wittwe zu einer solchen Ausschlagung für vollkommen berechtigt und befähigt halten müssen, auch wenn weder ein Rathsfreund noch die Kinder resp. ihre Vormünder dazu hinzugezogen werden. Denn es ist früher gezeigt worden, daß sogar die Ehefrau zu Lebzeiten ihres Mannes solche Akte ohne seine Mitwirkung und ohne Hinzuziehung von Rathsfreunden in rechtswirksamer Weise vornehmen darf. Und was die unter der Mundialgewalt ihres Mannes stehende Ehefrau selbstständig thun durfte, das muß doch die vom Ehemundium befreite Wittwe in noch viel höherem Maße können. Die in Bezug auf die Ehefrau geltendgemachten Gründe treffen also für die Person der Wittwe noch vielmehr zu. —

Endlich ist auch noch auf die Frage der Prozeßfähigkeit der Wittwe einzugehen. Ist sie darin in jedem Fall selbstständig oder bedarf sie noch der Beihilfe resp. des Schutzes einer männlichen prozeßfähigen Person oder mit andern Worten: braucht sie zur Prozeßführung einen sogenannten „kriegerischen Vormund“ oder nicht? — Entscheidet man sich a priori für eine Bejahung dieser Frage, so ist damit die kriegerische Vormundschaft endgültig als Ueberrest der alten Geschlechtskuratel charakterisiert. Allein unsere früheren Ausführungen dürften schon zur Genüge bewiesen haben, daß mit der allgemeinen Geschlechtsvormundschaft auch die sogenannte kriegerische Vormundschaft des weiblichen Geschlechts erloschen ist und weder vom baltischen Privatrecht noch auch von dem hierorts geltenden Reichsprozeß anerkannt wird. Sie muß also schon von diesem Gesichtspunkt aus auch für die Wittwe als beseitigt angesehen werden. Denn im Allgemeinen kann man auch hier wiederum sagen: die Wittwe kann in dieser Hinsicht doch nicht ungünstiger und beschränkter dastehen als die Jungfrauen und Ehefrauen. Diese aber entbehren, wie bereits gezeigt wurde, der Prozeßfähigkeit, der Selbstständigkeit in der Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten keineswegs, sondern können vor Gericht auftreten und daselbst alle möglichen Prozeßhandlungen vornehmen, ohne daß dabei ein Rathsfreund oder der Ehemann mitzuwirken oder auch nur seine Einwilligung dazu zu erteilen braucht.

Im Allgemeinen also muß man — wir betonen das nochmals ausdrücklich — sagen: die Wittwee ist nach ostsee-provinziellem Recht in der Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten vollkommen selbstständig und bedarf dazu keines Rathsfreundes\*). Wir haben das schon an einer früheren Stelle dieser Abhandlung auszuführen gesucht\*\*). Mit diesem auf Grund Erwägungen allgemeiner Natur gefundenen und auf die erwähnten früheren Erörterungen gestützten Resultate könnte man sich zufrieden geben, wenn man die rechtliche Position der Wittwee als Vormünderin ihrer (minderjährigen) Kinder, die sich von derjenigen der Ehefrau insofern unterscheidet, als erstere auch in dieser Hinsicht an die Bestimmungen des Vormundschaftsrechts, insbesondere hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den Mitvormündern, gebunden ist, unberücksichtigt lassen wollte. Schon in dieser Beziehung, außerdem aber noch in einigen andern Punkten, ergeben sich indeß einige Besonderheiten und sind daher unsere früheren Ausführungen insoweit zu ergänzen. —

Nach den meisten baltischen Statutarrechten hat die Wittwee außer der Nutznießung auch noch die Verwaltung des gesamten, in ihren Händen befindlichen Vermögens. Unzweifelhaft gehört zu den Verwaltungspflichten auch die Führung der die gesamte Vermögensmasse oder auch nur den ehemännlichen Nachlaß allein betreffenden Prozesse\*\*\*). Ist aber die Wittwee zur Prozeßführung verpflichtet, so muß sie dazu auch berechtigt sein. Allein für das liv- und esthländische Stadtrecht erleidet das eine Einschränkung. Die Wittwee führt nämlich die vormundschaftliche Verwaltung des Vermögens der Kinder doch nur dann, wenn sie vom Ehemann testamentarisch als Vormünderin eingesetzt oder vom Waisengericht als solche bestellt

---

\*) Vgl. auch Art. 1769, aus welchem — wenigstens für das esthländische Landrecht — soviel gefolgert werden darf, daß die Wittwee Prozesse führen kann, die den Nachlaß ihres Mannes betreffen. —

\*\*) Man vgl. auch die daselbst angef. Literatur und die Urtheile der Zwingmann'schen Präjudikatsammlung.

\*\*\*) Auch die ältere Praxis des gemeinen deutschen Privatrechts stimmte damit überein. So heißt es z. B. in einem Erkenntniß des Berliner Obergerichts v. 3. Juni 1864: „Der Einwand der mangelnden Passivlegitimation erscheint nicht haltbar. Denn wenn auch die Kinder Erben ihres für todt erklärten Vaters geworden sind, so vertritt doch die Wittwee, vermöge der in P. geltenden Grundsätze der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf Gedeih' und Verderb, die ganze gütergemeinschaftliche Masse und ist als solche Vertreterin der Masse auch wegen der Ansprüche an dieselbe passiv legitimirt.“ (Vgl. Seufferts Archiv, Bd. XXI, Nr. 132, S. 99.). Vgl. auch die an früherer Stelle angeführten Urtheile des deutschen Reichsgerichts. —

worden ist \*). War keins von beidem der Fall, so hat sie überhaupt keine Verwaltungsrechte und kann daher bloß solche Prozesse führen, die ihr eigenes, höchst separates Vermögen (also z. B. Filaten und Sondergut) betreffen. Hinsichtlich des anderen dürfte ihr die nöthige Sachlegitimation fehlen. Ist sie aber Vormünderin, so unterliegt sie hinsichtlich des Rechts der Prozeßführung den allgemeinen Grundsätzen des Vormundschaftsrechts \*\*). Die anderen Vormünder haben daher nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Wittwe hinsichtlich ihrer Prozeßführung — soweit dieselbe nicht etwa bloß ihr eigenes Vermögen betrifft — zu kontrollieren \*\*\*) und gewagten Prozessen sogar zu widersprechen†) und letztere muß sich Beides, Kontrolle und Widerspruch, gefallen lassen. Haben die Mitvormünder einen Prozeß bereits in Angriff genommen, so darf die Wittwe ihnen einen solchen nicht mehr entziehen. —

Was aber die einzelne Prozeßhandlung anbetrifft, so bedarf die zur Vormünderin ernannte Wittwe (nach liv- und esthländischem Stadtrecht) allerdings nicht der Mitwirkung der Mitvormünder oder eines besonderen Beirathes, es sei denn, daß es sich um besonders wichtige Prozesse handelt. Zu diesen wird sie sich nämlich nach Analogie des Art. 286 mit den Mitvormündern nicht nur zuvor berathen, sondern jene auch zur Prozeßführung selbst resp. bei Vornahme der einzelnen Prozeßhandlung hinzuziehen müssen ††). Demnach heißt es denn auch in den II. Section des Landvogteigerichts vom 21. September 1883, sub Nr. 212 †††):

... „Da im vorliegenden Falle, obgleich der Klägerin die Verwaltung des gesammten Vermögens gebührt, immerhin auch das Interesse Unmündiger in Frage steht, so kann der Klägerin allein die Prozeßführung nicht überlassen werden und zwar umsoweniger, als auch der Art. 286 des Privatrechts für alle wichtigeren Angelegenheiten die Mitwirkung eines Beirathes zur Vorschrift macht. Demnach ist die vom Beklagten vorgebrachte Einrede der fehlenden Actibegitimation zwar zu verwerfen, dennoch aber der Klägerin allein das Recht zur Prozeßführung nicht zuzugestehen und dem von ihr anhängig gemachten

\*) Vgl. Art. 286.

\*\*) Vgl. Artt. 407, 439, 440 und 448.

\*\*\*) Vgl. arg. Artt. 286 und 439 ff.

†) Vgl. arg. Artt. 286, 402, 407 und 440.

††) Derselben Ansicht sind auch Gürgens: Die Lehre von der Gütergemeinschaft, § 46, S. 152 und Zwingmann in seiner Präjudikatenammlung, B. IV, S. 112 in d. Note.

†††) Vgl. Zwingmann's Sammlung, B. VII, S. 130 f., N. 1287.

Rechtsfreie nicht früher Fortgang zu geben, als bis ein klägerischer Beirath die Prozeßhandlungen der Klägerin gebilligt haben wird."

Dieselben Schlußfolgerungen, die in Bezug auf das Recht der Wittwee zur Prozeßführung aus Art. 286 in Verbindung mit den Artt. 402, 407, 439 und 440 für das livländische Stadtrecht gezogen wurden, lassen sich aus den nämlichen Gesetzen auch für das esthländische Stadtrecht ziehen, da Artikel 286 sich gleichmäßig auf das livländische wie auch das esthländische Stadtrecht bezieht. —

Auch nach livländischem Landrecht erhält die Wittwee einen oder zwei Mitvormünder, mit denen sie zusammen die vormundschaftliche Verwaltung führt\*). Hier gelten im Ganzen ähnliche Grundsätze wie für das liv- und esthländische Stadtrecht, allein mit der sehr bedeutsamen Abweichung, daß sie in der Vornahme der einzelnen Prozeßhandlung in allen Fällen, also auch wenn es sich um besonders wichtige, vielleicht das gesamte Vermögen der Kinder, inklusive den ehemännlichen Nachlaß betreffende Prozesse handelt, ganz selbstständig dasteht und sich mit den Mitvormündern weder vorher zu berathen noch dieselben zur einzelnen Prozeßhandlung hinzuzuziehen braucht, während der Fall, daß die Wittwee von jeder prozeßualischen Vertretung der Kinder ausgeschlossen ist, nach livländischem Landrecht so wenig wie nach esthländischem und kurländischem Landrecht jemals eintreten kann. Denn nach allen drei Landrechten kann die Wittwee von der vormundschaftlichen Verwaltung und folglich auch von der Prozeßführung nicht schon dann ausgeschlossen werden, wenn sie weder im Testament des Mannes noch vom Waisengericht zur Vormünderin der minderjährigen Kinder ernannt worden ist. — Was aber den Beirath der Wittwee nach esth- und kurländischem Recht\*\*) anbetrifft, so ist auf die rechtliche Qualität desselben als eines nicht obligatorischen Rathgebers, der als solcher von der Wittwee niemals hinzugezogen zu werden braucht, bereits an einer früheren Stelle dieser Abhandlung hingewiesen worden\*\*\*). — Da nun auch die Beiräthe des liv- und esthländischen Stadtrechts in Art. 285 zit. geradezu wahre und eigentliche Mitvormünder und keine Rathsfreunde sind, so sind die verhältnißmäßig unbedeutenden Beschränkungen der Wittwee in der Selbstständigkeit ihrer Prozeßführung eben nicht in der Rathsfreundschaft — die als solche nie obligatorisch ist — zu suchen, sondern lediglich daraus zu erklären, daß die vom Gesetz

\*) Vgl. Art. 281.

\*\*) Vgl. 281 pr.

\*\*\*) Vgl. S. 226—231 dieser Abhandlung.

„Beiräthe“ genannten Personen nur als Vormünder im eigentlichen Sinn des Wortes betrachtet werden können. —

Wenn dagegen die Kinder volljährig sind, eine Theilung aber zwischen ihnen und der Wittwee noch nicht stattgefunden hat, so unterliegt es nicht dem geringsten Zweifel und ist wohl auch weder in der Theorie noch in der Praxis streitig, daß die Wittwee in diesem Falle nach allen Statutarrechten sämtliche Rechtsstreitigkeiten allein führen kann, ohne daß sie hierzu sowie überhaupt zur Vornahme der einzelnen Prozeßhandlungen einen Beirath oder Rathsfreund hinzuzuziehen oder sich mit demselben vorher zu berathen braucht. Denn sie hat im diesem Falle d. h. bei Volljährigkeit der Kinder stets die alleinige Verwaltung der gesamten Vermögensmasse, woraus immer sie auch bestehen möge, und eben zur Verwaltung gehört auch, wie bereits gezeigt wurde, Führung von Prozessen. —

Die Wittwee ist also nach ostseeprovinziellem Privatrecht zur selbstständigen Führung von Prozessen sowol aktiv wie passiv legitimiert, allerdings mit den im Falle der Minderjährigkeit der Kinder angegebenen Ausnahmen\*). —

Wenn eine Ehefrau mit ihrem Mann einen Prozeß führt, so bedarf sie dazu, wie bereits früher ausgeführt wurde, in Ansehung des Art. 30 zit. ebenso der Mitwirkung eines Rathsfreundes oder Assistenten, wie wenn es sich um den bloßen Abschluß eines Kontraktes zwischen den Eheleuten handelte, denn in beiden Fällen, ja im ersteren vielleicht noch mehr als im zweiten, kollidieren die Interessen beider Ehegatten mit einander, und angesichts dieser Interessenkollision und in Anbetracht dessen, daß der Mann seine ehenvormundschaftliche Gewalt über die Frau gerade in solchen Fällen leicht mißbrauchen kann, muß es dem Gesetzgeber daran liegen, der Ehefrau einen besonderen Schutz angedeihen zu lassen, was eben durch obligatorische Beirordnung eines Rathsfreundes, den die Frau hinzuziehen muß, erreicht wird. Für die Person der Wittwee hingegen, die unter keinerlei ehenvormundschaftlicher Gewalt mehr steht, fehlt es an jedem Grunde, ihr einen besonderen Schutz angedeihen zu lassen, da eine Interessenkollision mit dem Ehemann nicht mehr stattfinden kann und auch die übrigen, aus der dominierenden Rechtsstellung des Ehemannes fließenden Bedenken in Bezug auf die Wittwee weggefallen sind. Und da endlich die Kinder nur in erb- resp. vermögensrechtlicher Hinsicht

---

\*) Eine unrichtige Verallgemeinerung ist es daher, wenn Th. v. Bunge, der baltische Zivilprozeß, B. I, S. 211, die beerbte Wittwee nur mit Beistand der Mitvormünder resp. Beiräthe vor Gericht handeln läßt. —

an die Stelle des verstorbenen Vaters treten, sonst aber nicht, in familienrechtlicher Hinsicht im Gegentheil der *parens superstes* d. h. in unserem Fall die Wittwee an die Stellung des verstorbenen Mannes einrückt, so kann, eben weil die an die Person des Ehemannes geknüpften Voraussetzungen bei den Kindern nicht zutreffen, keine Rede davon sein, Art. 30 zit. auch auf einen zwischen der Wittwee und ihren Kindern geführten Prozeß oder ein zwischen diesen Personen abgeschlossenes Rechtsgeschäft anzuwenden. Denn wiewohl das Vorhandensein einer Interessenkollision nicht abzuleugnen ist — warum sollte wohl eine solche zwischen der Wittwee und ihren Kindern nicht möglich sein? — so ist sie doch nicht so beschaffen wie jene und folglich nicht hinreichend, um die obligatorische Hinzuziehung eines Rathsfreundes resp. Beirathes seitens der Wittwee in diesen Fällen zu rechtfertigen. —

Selbstverständlich ändert es auch an der rechtlichen Qualifikation der Wittwee zur selbstständigen Prozeßführung nicht das Geringste, wenn sie Jedem eine formelle Prozeßvollmacht erteilt. Da nämlich nach einer allgemeinen Rechtsregel Niemand auf einen Andern mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, so ist es klar, daß eine solche Prozeßvollmacht nur insoweit und bis zu dem Umfange Geltung beanspruchen kann, als die Wittwee zur selbstständigen Prozeßführung für ihre Person berechtigt ist, und den Bevollmächtigten jedenfalls in den Fällen nicht zur Führung des Rechtsstreits und Vornahme der einzelnen Prozeßhandlungen berechtigt, in welchen die Wittwee selbst nicht das Recht hat, solches ohne Mitwirkung eines Rathsfreundes zu thun. — Ist die Wittwee also in einer solchen rechtlichen Lage, daß sie nach dem Gesetz einen Prozeß nicht anders als unter Zurathziehung und Mitwirkung eines Rathsfreundes resp. der Beiräthe oder Mitvormünder führen darf, so wird die Prozeßvollmacht nur dann gültig sein, wenn sie der betreffende Rathsfreund der Wittwee oder die Mitvormünder ratihabiert und mitunterscriben haben. In allen andern Fällen dagegen, wo das Provinzialgesetzbuch die Zugiehung eines Rathsfreundes oder der Mitvormünder seitens der prozeßführenden Wittwee nicht verlangt, ist die Prozeßvollmacht auch ohne Ratihabition resp. Mitunterzeichnung der Vollmachtsurkunde seitens jener Personen rechtswirksam und unanfechtbar\*). Letzteres wird aber bei Großjährigkeit der eventuellen Kinder in der Regel stets der Fall sein. —

---

\*) Zu einem andern Resultat gelangt für das livländische Stadtrecht das Appellationserkennniß des Rigaschen Rathes vom 25. Februar 1877, sub Nr. 1882 (vgl. die Zwingmann'sche Sammlung, B. V, S. 117, Nr. 744), woselbst der Wittwee ganz allgemein das Recht zugestanden wird, eine Prozeßvollmacht auch ohne Zustimmung der Kinder oder der Beiräthe einem Dritten in rechtsgültiger Weise auszustellen.



Die mangelnde Interzessionsfähigkeit des weiblichen Geschlechts, wie sie aus dem römischen Recht herübergenommen worden ist, können wir übergehen, da sich der hierüber handelnde Art. 4506 als eine höchst singuläre, auf spezieller justinianeischer Rechtsbestimmung beruhende Beschränkung der sonst allgemeinen Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechts darstellt\*) und jedenfalls mit den historischen Grundlagen der Rathsfreundschaft oder gar der Geschlechtskuratel des früheren deutschen Rechts auch nicht das Geringste zu thun hat. —

Was die bauerliche d. h. dem Bauerrecht unterliegende Wittwee anbetrifft, so ist auf die im Allgemeinen unbeschränkte Handlungsfähigkeit derselben im Verlauf dieser Abhandlung schon hingewiesen worden. So wurde bereits gezeigt, daß sie zwar nach dem früheren Bauerrecht, seit dem Justizreformgesetz vom 9. Juli 1889 dagegen nicht mehr zur Führung von Rechtsstreitigkeiten resp. Vornahme einzelner Prozeßhandlungen einen Assistenten hinzuziehen muß\*\*). So wurde ferner gezeigt, daß z. B. der § 78 der Kurl. B. B. vom Standpunkt des heutigen Rechts nicht mehr in dem Sinn verstanden werden kann, als ob keine volljährige Bäuerin, einerlei ob verheirathet oder nicht, irgend eine rechtsgeschäftliche Handlung ohne Mitwirkung eines Assistenten oder Rathsfreundes vornehmen könne\*\*\*). Man ist demnach — zunächst für das kurländische Bauerrecht — berechtigt, solches auch auf die Wittwee zu beziehen, umsomehr, als das kurländische Bauerprivatrecht im Einzelnen eine obligatorische Rathsfreundschaft der Wittwee nicht kennt. Eine der wenigen, noch heute gültigen Beschränkungen des freien Dispositionsrechts der Wittwee bildet der Fall des § 127 der Kurl. B. B. — Nach demselben kann die Wittwee nur über ihr Eingebrahtes und den ihr von der Erbschaft ihres Mannes zukommenden Theil nach Belieben testieren†), jedoch darf sie dabei die Pflichttheile der Kinder nicht verletzen. Allein in § 106 wird nicht gesagt, daß die Wittwee, wenn sie über mehr testieren will, dazu einen Assistenten hinzuziehen muß, man ist vielmehr zur Annahme berechtigt, daß in diesem Fall jede Mehrverfügung eo ipso ungültig,

---

\*) Vgl. besonders v. Wächter, Pandekten, Bd. II, § 222, S. 512 f.

\*\*) Vgl. diese Abhandlung passim.

\*\*\*\*) Vgl. diese Abhandlung passim. —

†) Nach § 106 hat die kurländische Bauerwittwee die Wahl zwischen ihrem Eingebrahten und einem Kindestheil. Ist die Wittwee unbeerbt und hat sie keine leiblichen Geschwister und Geschwisterkinder, so fällt auch diese Beschränkung des § 127 in sin. für sie weg, vgl. 129 der Kurl. B. B.

ist, auch wenn eine solche Hinzuziehung stattfand. — Die Ausnahme des § 127 erscheint also demnach als eine uneigentliche. — Abgesehen davon handelt es sich aber hier bloß um die Frage der nach seinem Inhalt zu bestimmenden materiell-rechtlichen Wirksamkeit des Wittweentestaments. Daß die Wittwee auch in formell-rechtlicher Hinsicht nicht anders als nur unter Beihülfe und Mitwirkung eines Rathsfreundes oder Assistenten ein formell-gültiges Testament errichten kann, daß sie also die aktive Testamentsfähigkeit in diesem Sinn nicht hat, steht im kurländischen Bauerprivatrecht nirgends. — Und auch sonst bedarf die Wittwee des kurländischen Bauerrechts bei Vornahme von Rechtsgeschäften keinerlei Mitwirkung eines Beirathes oder Rathsfreundes. Allein wenn die Kinder noch minderjährig sind, hat sie die Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses nicht allein, sondern nur zusammen mit einem ihr beizuordnenden Mitvormunde, dessen Pflicht es sein soll, für die Erhaltung des Nachlasses zu sorgen\*). Dieser Mitvormund ist aber eben — wie schon sein Name bezeugt — wahrer Vormund, also kein bloß fakultativer Rathsfreund. Sein Verhältniß zur Wittwee sowie überhaupt die Grenzen ihrer Verwaltungsbefugnisse sind hier in ganz ähnlicher Weise wie im kurländischen Landrecht zu bestimmen, wobei natürlich, wenn das spezielle Bauerprivatrecht im Stich läßt, der Th. III. des Prov. R. einzutreten hat\*\*). — In Bezug auf ihre Handlungsfähigkeit bei Rechtsgeschäften nicht vermögensrechtlicher Natur kann dagegen von einer Beschränkung der Wittwee durch Beordnung eines Rathsfreundes geschweige denn eines Mitvormundes noch viel weniger die Rede sein. Letztere kann daher an sich Verträge schließen, Schulverbindlichkeiten eingehen, Prozesse führen u. ohne eines Rathsfreundes zu bedürfen. In ihrer Handlungsfähigkeit ist die Wittwee also ganz unbeschränkt, in ihrer Dispositionsbefugniß über den (ehemännlichen) Nachlaß dagegen zum Theil beschränkt. Allein diese Beschränkung ist keine durch die Rathsfreundschaft hervorgerufene. Nur wenn sie als Vormünderin handelt, wird sie bei allen jenen Handlungen den Mitvormund zuzuziehen haben und überhaupt den einengenden Vorschriften des Vormundschaftsrecht unterliegen. — Wir sind also für das kurländische Bauerprivatrecht zum Resultat gelangt

---

\*) Vgl. § 106 der Kurl. B. B. — Außerdem muß sie jedem majorenn werdenden Kinde seinen Antheil sofort auskehren. —

\*\*) So muß sie z. B. bei Abtheilung der majorennen Kinder die den minorennen Kinder zufallenden Antheile durch Inventur sicherstellen, vgl. § 106 in fin. der Kurl. B. B. —

daß die Wittwee einen Rathsfreund niemals hinzuzuziehen braucht. —

Das livländische Bauerprivatrecht weist zwei Bestimmungen auf, die deutlicher als im kurländischen Bauerrecht auf eine Beirathenschaft der bäuerlichen Wittwee hinzuweisen scheinen. — Die eine von ihnen ist der § 985 der Civl. B. B. Derselbe besagt, daß die mit Kindern hinterbleibende Wittwee eines livländischen Bauern zwar die Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses erhält, solche aber doch nur mit „Beirath eines Kurators und des für die Kinder gesetzten Vormundes“ führen kann. Also zwei Personen werden der Wittwee beigeordnet, ein Kurator und ein Vormund. Offenbar soll nun der Kurator sich vom Vormunde in irgend etwas unterscheiden, sonst hätten beide Bezeichnungen nicht durch ein „und“ mit einander verbunden werden können. Es wäre genügend gewesen, von zwei Vormündern zu sprechen. Besteht der Unterschied darin, daß der „Kurator“ bloßer Rathsfreund der Wittwee sein soll, dessen Hinzuziehung in casu concreto der Wittwee im Gegensatz zur obligatorischen Mitwirkung des Vormundes bloß anheimgestellt ist? Darauf scheint hinzudeuten, daß § 985 von dem Beirath des Kurators spricht. Allein überwiegende Gründe sprechen doch gegen die Eigenschaft des Kurators als eines bloß fakultativen Rathgebers, an dessen Zustimmung resp. Mitwirkung der Wittwee nicht gebunden wäre. So vor Allem die zweite Bestimmung, nämlich der § 959, wo die Pflichten des Kurators näher präzisiert werden: derselbe wird ihr mangels besonderer testamentarischer Bestimmung womöglich aus den nächsten väterlichen Verwandten zur Seite gesetzt, offenbar also vom Gemeindericht. Jedenfalls kann sie sich ihn nicht selbst wählen, was auf eine Art Datututel hinweist. — Schon das spricht dafür, daß der Kurator kein Rathsfreund und auch kein Geschlechtskurator, sondern ein wirklicher Vormund ist, der nur im Geseß zu Unrecht die fälschliche Bezeichnung „Kurator“ erhalten hat. Aber auch der Schluß des gedachten § 959, der, allerdings nur in allgemeinen Grundzügen, den Kompetenzenkreis des Kurators vorzeichnet, spricht gegen die Charakterisierung desselben als eines bloßen Rathgebers. Denn der Kurator soll nach § 959 sich über den gesamten Nachlaß — also offenbar doch gleich bei Antritt seiner Kuratel — auf das Genaueste orientieren und der Mutter in allen die Erbschaft betreffenden Angelegenheiten mit „Rath und That“ zur Hand gehen. Also von einer Pflicht des Kurators wird hier geredet, die von einem diesbezüglichen Ermessen der Wittwee ganz und gar unabhängig ist. — Und endlich ist auch § 985 selbst unserer Annahme günstig, denn letzterer läßt keine andere Deutung als die eine zu, daß die Wittwee den Nachlaß mit dem Kurator und dem Vormunde zusammen verwalten muß, die gemeinsame Verwaltung mit den letztgenannten

Personen folglich also eine *conditio sine qua non* ist. — Und ganz besonders spricht dafür die Schlußbestimmung des gedachten § 985: wenn nämlich die Mutter das Vermögen zum Nachtheil der Miterben verwaltet oder wieder heirathet oder wenn der Verstorbene Gefindewirth war und in der Gefindestelle „nicht bleibt“, so muß in solchen Fällen „auf Verlangen des Kurators“ eine Theilung des Nachlasses bewerkstelligt werden. Dem Kurator wird also die Kontrolle der mütterlichen Verwaltung zur Pflicht gemacht, er kann und muß die Wittwee von der Verwaltung entfernen und Theilung mit den Kindern bewirken, wenn ihre Verwaltung eine schlechte ist oder wenn einer der übrigen, soeben genannten Theilungsgründe vorliegt, und die Wittwee kann sich dem nicht entziehen. Das geht doch weit über die dem Rathsfreunde gesteckten Grenzen hinaus, der — wie mehrfach hervorgehoben wurde — eben nichts mehr als ein bloß fakultativer Rathgeber ist. — Was die sonstige vermögensrechtliche Dispositionsbefugniß der (beerbten) Wittwee des livländischen Bauerprivatrechts anbelangt, so ist sie darin recht beschränkt. Zwar über ihr Eingebrahtes kann sie — wie man aus § 985 in fin. schließen muß — sowohl durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch von Todeswegen ganz nach Belieben verfügen, denn dieses fällt ihr bei jeder Theilung — sie möge erfolgen aus welchem Titel sie wolle — als Voraus zu vollem und unbeschränktem Eigenthum zu, ohne daß sie dazu einen Rathsfreund, geschweige denn bei Minderjährigkeit der Kinder, einen Mitvormund nöthig hat. Allein über den ihr auch gebührenden Kindestheil am väterlichen Nachlaß kann sie offenbar nicht disponieren, da nach ausdrücklicher Vorschrift des § 985 zit. der von ihr bei der Theilung erhaltene Kindestheil nach ihrem Tode wieder an die Kinder zurückfallen muß. Es ließe sich somit bei Lebzeiten der Wittwee nur ein mit ihrem Tode erlöschendes Nießbrauchsrecht am Kindestheil konstruieren. Was aber im Uebrigen den Kreis der ihr aus der vormundschaftlichen Verwaltung des ehemännlichen Nachlasses obliegenden Pflichten oder der ihr in dieser Hinsicht zustehenden Befugnisse anbetrifft, so unterliegt sie, den allgemeinen vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen des livländischen Bauerrechts\*) — und wo diese eine Lücke aufweisen — dem livländischen Landrecht\*). Namentlich wird

\*) Dahin gehört z. B. die Bestimmung des § 957, wonach beim Vorhandensein unmündiger Kinder das Gemeindegerecht den Nachlaß des verstorbenen Gatten sofort zu inventieren und das Inventarium nebst dem hierüber aufgenommenen Protokoll in Verwahrung zu nehmen hat, auch wenn der andere Ehegatte, also z. B. die Mutter noch am Leben ist. —

\*) Vgl. auch namentlich Art. 246, Bb. II, der Verordnungen über die Justizreform vom 9. Juli 1889 (Gaßmann u. Nolten, deutsche Ausg., S. 93 f.)

sie sich allen den Beschränkungen unterwerfen müssen, die nach dem allgemeinen Bauerrecht\*) und den allgemeinen provincialgesetzlichen Bestimmungen beim Vorhandensein wahrer Mitvormünder eintreten und auf die in der Person des „Kurators“ und „Mitvormundes“ des Art. 985 ziti. bereits hingewiesen wurde. Und überhaupt werden — für die Bauerrechte aller drei Ostseeprovinzen, so also auch insbesondere Livland — die allgemeinen bauerlichvormundschaftsrechtlichen Bestimmungen der Artt. 242—274 (Verordnungen, B. II, II) auch für die Frage nach den Pflichten und Rechten der Wittwee als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder zu gelten haben. Darnach resp. nach dem speziellen livländischen Bauerrecht ist auch die Frage zu entscheiden, inwiefern die Wittwee zu Veräußerungs- und Belastungshandlungen in Bezug auf den von ihr verwalteten Nachlaß berechtigt ist und inwiefern sie namentlich den Nachlaß verschulden kann.

Ist die Wittwee dagegen unbeerbt, so kann sie, da sie unter Vorwegnahme ihrer Illaten die Hälfte des ehemännlichen Nachlasses — ausgenommen das ererbte unbewegliche Vermögen — kraft Erbrechts erhält, hierüber wirksam durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden wie auch von Todes wegen verfügen\*\*). Auch betreffs ihrer Prozeßführung unterliegt die Wittwee, soweit es sich um Vermögenswerthe handelt, die zum ehemännlichen Nachlaß gehören den Bestimmungen des Vormundschaftsrechts und ist daher auch an die Mitwirkung und Kontrolle des Kurators und Vormundes gebunden. Allein von der speziell vermögensrechtlichen Verfügungsbefugniß der Wittwee ist die allgemeine Handlungs resp. Verpflichtungsfähigkeit der Wittwee abzutrennen. In Bezug auf Letztere läßt sich gar keine, auch nicht die geringste Beschränkung der Wittwee konstatieren. Sie kann also in vollkommen gültiger Weise Verträge schließen, Schuldverpflichtungen eingehen zc., ohne eines Rathsfreundes zu bedürfen, wofern solche Rechtsakte nur nicht den ehemännlichen Nachlaß zu ihrem Gegenstand haben resp. ihn direkt belasten. —

---

\*) Vgl. Gasmann u. Nolten, Verordnungen, B. II Art. 251 u. Motive dazu. — Darnach wird also die Wittwee — wenn man die erwähnten Bestimmungen der Bauerverordnung berücksichtigt — nicht nur keine größeren, sondern sogar geringere Machtbefugnisse als der Mitvormund und der Kurator hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses haben. — Artt. 246 u. 251 ziti. lassen sich übrigens auch auf die Wittwee des kurländischen und estländischen Bauerrechts anwenden d. h. auch hier haben die allgemeinen Bauerrechtsnormen der Verordnungen ergänzend einzutreten, außerdem natürlich auch die vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen des Provincialgesetzbuches. —

\*\*) Vgl. § 994 der livl. B. B.

Auch für das esthländische Bauerrecht wird man zwischen der Handlungs- und der Dispositionsfähigkeit der Wittwee unterscheiden müssen. Hinsichtlich der ersteren incl. des Rechts zur selbstständigen Prozeßführung ist sie natürlich ganz unbeschränkt, da die letzte Schranke, nämlich die ehewogteilhche Gewalt des Mannes, durch den Tod des Letztern in Wegfall gekommen ist. Und in der That wird die Wittwee des esthländischen Bauerrechts in dieser Hinsicht nirgends durch Beordnung eines Rathsfreundes oder gar eines Vormundes resp. Geschlechtskurators eingeengt. — Es käme also nur noch die Dispositionsfähigkeit der bäuerlichen Wittwee in Betracht. In dieser Beziehung aber muß es wiederum darauf ankommen, ob die Wittwee mit Kindern oder kinderlos hinterblieben ist, sowie im ersten Fall, ob die Kinder minderjährig sind oder nicht. — Die mit Kindern nachbleibende Wittwee hat das Recht der lebenslänglichen Nutznießung des ganzen ehemännlichen Nachlasses\*). Sie kann daher über dieses Recht jedenfalls nur durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden verfügen und zwar auf keine längere Zeit als bis zu ihrem Tode, da mit diesem Moment ihr Nießbrauch erlischt. Folglich kann sie über dieses Recht letztwillig garnicht disponieren. — Die Verwaltung hat sie freilich auch, allein sie hat sie nicht allein, sondern zusammen mit einem ebenfalls „Kurator“ genannten Vormunde, den das Gericht gleich nach dem Tode des Mannes und nachdem es zuvor ein Inventarium über den Erbschaftsbestand angefertigt hat, ernennt und den es mit der Verwaltung der Nachlassmasse zusammen mit der Wittwee, deren Schutz und Stütze er sein soll, betraut\*\*). Auch dieser Kurator ist nicht etwa bloßer Rathsfreund, hat also nicht die Eigenschaft eines Rathgebers und noch weniger eines Geschlechtskurators, sondern erscheint, wie der „Kurator“ des livländischen Bauerrechts, als wirklicher Vormund. Das geht aus der Art und Weise hervor, wie Art. 1067 den Kreis der Thätigkeit des Kurators regelt: er soll die Erbschaftsmasse verwalten (natürlich zusammen mit der Wittwee) und besonders für die Unversehrtheit des Nachlasses Sorge tragen. Also muß ihm ein ausgedehntes Kontrollrecht über alle etwaigen Verwaltungshandlungen der Wittwee, namentlich aber auch das Recht und die Pflicht zustehen, etwaige den Nachlaß gefährdende oder seine Substanz schmälernde Handlungen der Wittwee ganz zu verbieten, dann aber auch bei allen wichtigen Verwaltungshandlungen, z. B. Prozeßführungen, Veräußerungen, Verpfändungen, 2c. — soweit solche den Nachlaß betreffen — mitzu-

\*) Vgl. Art. 1067 pr. des Esthl. B. B.

\*\*) Vgl. Art. 1067 ztt.

wirken. Im Uebrigen werden hier ähnliche Grundsätze wie beim livländischen Bauerrecht einzutreten haben d. h. die Wittwee ist dem speziellen bauerlichen Vormundschaftsrecht und im Fall einer Lücke desselben dem Vormundschaftsrecht des Th. III des Prov. R. s. unterworfen. — Es läßt sich aber ein Dispositionsrecht der Wittwee über gewisse Theile des Gesamtvermögens auch bei Minderjährigkeit der Kinder konstatieren. Denn da sie bei einer Theilung — mag diese unfreiwillig oder gezwungenermaßen, wegen Wiederverhehlung, eintreten — als Voraus ihr Eingebrahtes, wozu auch die vom Manne erhaltenen Hochzeitsgeschenke gehören, außerdem aber auch noch einen Kindesstheil erhält\*), so muß man ihr auch das Recht einräumen, hierüber durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen je nach Belieben zu disponieren, ohne sie an die Zustimmung oder Mitwirkung des Kurators zu binden. —

Ist die Wittwee aber ohne Kinder hinterblieben, so kann es zunächst sein, daß in der Ehe überhaupt nie Kinder geboren worden sind, auch aus einer früheren des Mannes nicht. Diesen Fall sieht Art. 1063 der esthl. B. B. vor und bestimmt in dieser Hinsicht, daß die Wittwee einen das Doppelte ihres Eingebrahten betragenden Antheil vom Mannesnachlaß erbt. Ueber diesen Theil des Nachlasses ihr die volle Verfügungsfreiheit sowohl durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch von Todeswegen einzuräumen, liegt nicht das geringste Bedenken vor. —

Es kann aber auch sein, daß die in der Ehe geborenen Kinder vor den Eltern gestorben sind. Dann geht das gesammte Mannesvermögen auf die Wittwee über, die in Folge dessen nicht nur keinen Kurator mehr nöthig hat, sondern sogar die vollste Dispositionsfreiheit darüber erlangt, ohne auch nur der Befragung eines Rathsfreundes zu bedürfen. —

Auch das esthländische Bauerprivatrecht kennt also in Bezug auf die Person der Wittwee die eigentliche Rathsfreundschaft nicht. —

2) Für welche Personen weiblichen Geschlechts soll die Zuziehung eines Rathsfreundes obligatorisch sein?

Der eigentliche Rathsfreund braucht als bloßer Rathgeber nach baltischem Recht — wie schon gezeigt wurde — von keiner einzigen Person weiblichen Geschlechts hinzugezogen zu werden. —

Demgemäß sind nach unseren bisherigen Ausführungen dem Provinzialgesetzbuch eigentlich nur drei typische Fälle der eigentlichen Rathsfreundschaft

\*) Vgl. 1068 der Esthl. B. B.

Freundschaft bekannt, nämlich erstens die Beiräthe der Wittwee nach kur- und esthländischem Landrecht (Art. 281, Abs. 1)\*), zweitens der Beirath der zur liv- und esthländischen lutherischen Landgeistlichkeit gehörenden Wittwee (Art. 1805)\*\*\*) und drittens der sogenannte Geschlechtssurator der Jungfrau für alle drei Ostseeprovinzen (Artt. 512—515. Th. III des Prov. Rs)\*\*\*). Denn nur diese brauchen von der Wittwee (resp. Jungfrau) nicht obligatorisch zu ihren Rechtshandlungen hinzugezogen zu werden, nur diese sind wahre, eigentliche Rathsfreunde d. h. Rathgeber, welche die Wittwee (oder Jungfrau) je nach ihrem Gutdünken entweder befragen und zur Mitwirkung bei etwaigen Rechtsgeschäften heranziehen oder solches auch unterlassen kann, ohne daß dadurch an der eo ipso schon vorhandenen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der in casu concreto von der Wittwee vorgenommenen Rechtshandlung in dem einen oder andern Fall auch nur das Geringste geändert wird. —

Alle anderen Fälle, in denen das Provinzialgesetzbuch resp. die Bauerordnungen von Rathsfreunden, Beiräthen, Assistenten oder Kuratoren sprechen, fallen deshalb nicht unter die wahre Rathsfreundschaft, weil ihre Zurathziehung resp. Mitwirkung für die betreffende Person weiblichen Geschlechts d. h. die Wittwee oder Ehefrau eben obligatorisch ist. Dahin gehören die im Verlauf dieser Abhandlung bereits ausführlich behandelten †) und daher an dieser Stelle nur nochmals aufzuzählenden Fälle:

a) in Bezug auf alle Statutarrechte incl. die Bauerrechte — der Fall des Art. 30, der sich auf den Abschluß von Rechtsgeschäften und die Führung von Rechtsstreitigkeiten überall dort, wo die Interessen beider Ehegatten mit einander kollidieren, bezieht. Dazu gehört auch der Fall der Testamentserrichtung zwischen den Ehegatten resp. der Testamentserrichtung der Ehefrau zu Gunsten des Ehemannes nach liv- und esthländischem Recht, die seitens der Frau die Buziehung eines Assistenten als unumgängliches Formerforderniß nöthig machen (Art. 1991, Abs. 1) ††);

\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

\*\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

\*\*\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

†) Vgl. diese Abhandlung, passim.

††) Abs. 2 des zit. Art. 1991 gehört nicht hierher, da derselbe von der ehemannlichen Assistenz bei Testamentserrichtungen der Ehefrauen zu Gunsten dritter Personen nach liv- und esthländischem Recht, nicht aber von der Rathsfreundschaft einer beliebigen dritten Person handelt.



b) in Bezug auf das livländische Landrecht auf Grund des Art. 281 Abs. 2 — die Beiräthe der beerbten Wittwee (bei Minderjährigkeit der Kinder), die sich als wahre Mitvormünder charakterisieren \*);

c) in Bezug auf das liv- und esthländische Stadtrecht, in Grundlage des Art. 286 — gleichfalls die Beiräthe der beerbten, mit minderjährigen Kindern nachbleibenden Wittwee, die trotz ihrer Bezeichnung als Beiräthe doch wirkliche und eigentliche Mitvormünder der Wittwee sind \*\*);

d) in Bezug auf die Bauerrechte — die Kuratore oder Beiräthe der mit minderjährigen Kindern hinterbleibenden Wittwee nach livländischem, esthländischem und kurländischem Bauerrecht \*\*\*), deren Eigenschaft als Mitvormünder trotz ihrer gelegentlichen anderen Bezeichnung im Vorhergehenden dargelegt worden ist †).

Aus dieser Zusammenstellung geht hervor, daß die uneigentliche d. h. obligatorische Rathsfreundschaft in den Fällen, wo sie nach baltischem Recht stattfindet, überhaupt nur bei Ehefrauen und Wittween, niemals aber bei Jungfrauen möglich ist. —

### 3) Welches ist die rechtliche Stellung des Rathsfreundes?

Es ist im Verlauf dieser Abhandlung sehr häufig darauf hingewiesen worden, daß der eigentliche Rathsfreund, soweit er im baltischen Recht vorkommt, die rechtliche Stellung eines Rathgebers einnimmt, wonach sich denn auch der Grad seiner zivilrechtlichen Haftpflicht bestimmt. — Allein diese mehr gelegentlichen Bemerkungen erscheinen in mancherlei Hinsicht doch noch einer nähern Ausführung bedürftig. — Natürlich sind dabei diejenigen Fälle gesondert zu behandeln, in denen es sich um eine Rathsfreundschaft bloß dem Namen nach, de jure aber um viel mehr als das, nämlich um einen wirklichen Vormund oder Mitvormund handelt, und die in dem vorhergehenden Abschnitt eine kurz zusammenfassende Darstellung, in der frühern Ausführung dagegen eine genauere Erörterung gefunden haben. Ebenso dürften einer gesonderten Behandlung unterliegen die Fälle des Art. 1991 Abs. 1 — Testamentserrichtung der Ehefrau zu Gunsten des Ehemannes — und des Art. 30

---

\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

\*\*) Vgl. diese Abhandlung, passim.

\*\*\*) Vgl. § 106 der Kurl. B. B., §§ 985 u. 959 der Livl. B. B. u. Art. 1067 der Esthl. B. B.

†) Vgl. diese Abhandlung, passim.

— Abschluß vom Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten, sowie Führung von Rechtsstreitigkeiten gegen einander — wo der Rathsfreund gleichzeitig auch als eine Art Sollemnitätsperson erscheint, von deren Mitwirkung die Gültigkeit und Wirksamkeit des betreffenden Rechtsaktes abhängig sind. — Es werden daher zunächst in Betracht kommen: der Rathsfreund oder „Geschlechtskurator“ der volljährigen Jungfrau, die Beiräthe der Wittwee nach kur- und esthländischem Landrecht und der Beirath der Wittwee eines zur lib- und esthländischen lutherischen Landgeistlichkeit gehörenden Predigers. Da nun aber nur die vom Geschlechtskurator der großjährigen Jungfrau handelnden Artikel 512—515 einige, wenn auch nur höchst dürftige Hinweise auf die Natur der rechtlichen Stellung des Rathsfreundes enthalten, so werden uns auch hauptsächlich bloß jene Artikel zu beschäftigen haben, wobei die gewonnenen Resultate mit wenigen Ausnahmen natürlich auch für die beiden andern Fälle der eigentlichen Rathsfreundschaft gelten müssen, ohne daß hierzu detailliertere Nachweisungen erforderlich sein dürften.

Der Beirath oder Rathsfreund der großjährigen Jungfrau ist kein Vormund oder Kurator und noch weniger Sollemnitätsperson, sondern bloßer Rathgeber\*). Denn mag sie ihn nun selbst gewählt haben oder mag er ihr auf ihr diesbezügliches Bittgesuch vom Waisengericht bestellt worden sein, in keinem Fall ist er Vermögensverwalter\*\*). Art. 515 hebt es mit nachdrücklicher Schärfe hervor, daß der Beirath keine Vermögensverwaltung habe\*\*\*). Und zwar ist es dabei gleichgültig, ob Wahl resp. Bestellung des Assistenten von Fall zu Fall oder ein für allemal erfolgten: mit der Vermögensverwaltung hat er es unter keinen Umständen zu thun. Daraus zieht Art. 515 zunächst die eine Schlußfolgerung: der Beirath ist nicht verpflichtet Rechenenschaft abzulegen†). Denn was sollte wohl Gegenstand derselben sein, wenn er nichts verwaltet? Eine weitere, von Art. 515 allerdings nicht ausgesprochene, dennoch aber unabwiesliche Folge ist die, daß der Beirath als solcher auch von der Pflicht der Inventarserrichtung entbunden sein muß und noch weniger zur Kautionsstellung verpflichtet werden kann††). — Ferner braucht der Rathsfreund, auch wenn

\*) Vgl. statt vieler Phillips: deutsches Privatrecht, § 158, S. 249, Note 5.

\*\*) So auch Hillebrand: Lehrb. § 146, S. 720.

\*\*\*) Dies so wie die folgende Erörterung bezieht sich auch auf die beiden anderen Fälle der wahren Rathsfreundschaft. —

†) Vgl. Hillebrand: Lehrb., § 196, S. 720.

††) Vgl. auch besonders Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 317, Hillebrand, l. c. S. 720.

er einer Jungfrau auf ihre Bitte vom Gericht als beständiger Beirath bestellt oder unabhängig hiervon von ihr als permanenter Beistand erwählt worden ist, vom Waisengericht oder sonst einer anderen Behörde weder vereidigt noch bestätigt zu werden\*). In entsprechender Weise bestimmt sich denn auch die Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit resp. Haftpflicht des Rathsfreundes. Da nämlich der Beirath oder Rathsfreund der großjährigen Jungfrau, der Wittwee nach kur- und esthländischem Landrecht und nach dem Recht der liv- und esthländischen lutherischen Landgeistlichkeit nichts mehr als ein bloßer Rathgeber ist, so beschränkt sich seine Verantwortlichkeit für Handlungen und Unterlassungen, insbesondere soweit dadurch ein schädigender Erfolg eintritt, auf die möglichen zivilrechtlichen Folgen eines Rathes.\*\*\*) Daraus ergibt sich eine Reihe wichtiger Folgerungen. So vor Allem natürlich, daß auf einen solchen Rathsfreund oder Beirath die Rechtsbestimmungen des Provinzialgesetzbuches über den Rath, seine zivilrechtlichen Folgen und Wirkungen, über den Grad der Haftpflicht des Rathstheilers zc. Anwendung finden müssen. Es gehören hierher die Artt. 4415—4418 Th. III des Prov. Rs. Aus diesen geht aber unter Anderem auch hervor, daß der Rathgeber nach baltischem Recht überhaupt nur in zwei Fällen für die möglichen Folgen des von ihm erteilten Rathes haftet, nämlich erstens für dolose d. h. in arglistiger Weise, zum Zweck absichtlicher Schädigung oder Täuschung des Berathenen erfolgte Rathstheilung und zweitens, wenn dem Berathenen der (allerdings überaus schwierige) Nachweis gelingt, daß er ohne den ihm gegebenen Rath die betreffende Handlung überhaupt nicht vorgenommen haben würde\*\*\*).

Für bloße Fahrlässigkeit, geschweige denn *omnis culpa* haftet der Rathgeber niemals, denn es ist allgemeine Regel des Provinzialrechts, daß der als solcher stets freiwillig erteilte Rath an und für sich gar keine rechtliche Verbindlichkeit erzeugt, vielmehr weder der Berathene verpflichtet ist, den ihm gegebenen Rath zu befolgen, noch der Rathgeber ersteren zu entschädigen braucht, wenn der erteilte Rath nicht den gewünschten

\*) Kraut, Vormundschaftsrecht, I. c. S. 317. — Anderer Ansicht in Bezug auf die Bestätigung ist Hillebrand I. c. S. 720. —

\*\*) Das wird ausdrücklich ausgesprochen in Art. 515. — Vgl. auch namentlich Erdmann, System, Bd. I, § 100, S. 506, Maurenbrecher I. c. Bd. II, § 585, S. 302 f. u. Kraut: Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 71, S. 312—313, welcher letztere sich aber zu Konsequenzen verleiten läßt, die die Grenzen einer bloßen Rathgeberhaft ganz entschieden überschreiten und daher von diesem Gesichtspunkt aus gewiß zu verwerfen sind, vgl. darüber die weiteren Tergausführungen. —

\*\*\*). Vgl. Art. 4416.

Erfolg hat\*). — Folglich haftet auch der Rathsfreund nur in der angegebenen Weise d. h. für Arglist oder wenn der Berathene den vorhin erwähnten Nachweis führt, in keinem Falle aber für *omnis culpa*, wie in der älteren Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts zuweilen behauptet wurde\*\*), oder für *diligentia quam suis rebus* oder endlich für *diligentia boni patris familias*. Wenn daher Kraut für das ältere gemeine deutsche Privatrecht den Geschlechtskurator der volljährigen Jungfrau noch zu allem Möglichen sonst verpflichten will, so z. B. sorgfältig und nach bestem Wissen und Gewissen darauf zu achten, daß das Geschäft, zu welchem seine Zustimmung erfordert wird, ihr zum wahren Vortheil gereicht, ferner ihr die möglichen Folgen ihrer Handlung vorzustellen und seine Zustimmung nur dann zu ertheilen, wenn er das Geschäft unter den obwaltenden Umständen für rathsam anerkennt\*\*\*), so geht das über die dem bloßen Rathgeber bezüglich seiner Haftpflicht gesteckten Grenzen doch wohl weit hinaus und ist für die Rathsfreundschaft des Provinzialgesetzbuches jedenfalls mit vollster Entschiedenheit abzulehnen. —

Man darf daher auch nicht daran denken, das Maß der vorhergehends in Grundlage des Art. 4416 präzisirten Haftbarkeit des Rathsfreundes bloß für Arglist und bei Erbringung des in gedachtem Artikel erwähnten Nachweises seitens des Berathenen etwa nur für die Gesamtheit aller der Fälle gelten zu lassen, wo der Rathsfreund seinen Rath unaufgefordert ertheilte, in den andern Fällen dagegen, d. h. wenn der Beirath zur Rathsertheilung aufgefordert oder gesetzlich verpflichtet war, ihn für *omnis culpa* haften zu lassen, wie solches in der älteren Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts für die Geschlechtskuratel zuweilen behauptet wurde†). Denn eine Verpflichtung des Rathsfreundes zur Rathsertheilung geschweige denn zur Mitwirkung an dem von der betreffenden weiblichen Person vorzunehmenden Rechtsakte läßt sich im baltischen Privatrecht überhaupt nicht konstruieren, wiewohl die ältere Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts eine solche Verpflichtung — wenn auch nur auf Seiten des eigentlichen Geschlechtskurators — bisweilen in der That annehmen zu müssen glaubte††). Die letztere Annahme wäre aber schon gegen die Natur der Sache. Zur Rathsertheilung ist *eo ipso* Niemand verpflichtet, es ist das eine höchst freiwillig übernommene Thätigkeit, zu der man Niemanden zwingen darf.

\*) Vgl. Art. 4415.

\*\*) Vgl. Kraut: Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 71, S. 315.

\*\*\*), Vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 71, S. 312—313. —

†) Vgl. Kraut, Vormundschaftsrecht, I. c. S. 315.

††) Vgl. Kraut: Vormundschaftsrecht, Bd. II, S. 315, Maurenbrecher I. c. Bd. II, § 585, S. 303, Gillebrand, I. c. § 196, S. 720.

Gesetz und Vertrag können davon allerdings Ausnahmen machen, allein damit ist eben die Natur des freiwillig erteilten Rathes abgestreift und der Grund der veränderten Gestaltung des ganzen Verhältnisses, der erweiterten Haftpflicht des Rathgebers ist dann nicht mehr in der ursprünglichen juristischen Beschaffenheit des Rathes, sondern eben in dem durch das Vertrags- resp. Gesetzesmoment geschlossenen Verhältniß zu suchen. — Für das baltische Privatrecht läßt sich außerdem aus dem Gesetz selbst, nämlich den Artt. 512—515 und den Artt. 4415 und 4416 ohne besondere Schwierigkeiten nachweisen, daß absolut Niemand berechtigt ist, den Rathsfreund zur Rathsertheilung geschweige denn gar zur Mitwirkung bei dem betreffenden Rechtsgeschäfte irgendwie zu zwingen. Es ist nämlich im Provinzialgesetzbuch an keiner Stelle, die von dem Rathsfreunde handelt, insbesondere auch nicht in den Artt. 512—515 über den Assistenten der großjährigen Jungfrau, von irgend welchen (juristischen) Verpflichtungen desselben die Rede, mit alleiniger Ausnahme von der so sehr begrenzten Haftpflicht für dolose Rathsertheilung 2c. Das kann nur so erklärt werden, daß der Gesetzgeber das Vorhandensein irgend welcher Pflichten — und so auch der zur Rathsertheilung resp. Mitwirkung — für die Person des Rathsertheilers eben einfach negieren wollte. — Endlich wäre aber auch die Bestimmung des Haftungsgrades des Rathgebers in Art. 4416 höchst sonderbar und willkürlich, wenn jeder einzelne und so auch der Rathsfreund zur Rathsertheilung rechtlich gezwungen werden könnte. Konstruiert man nämlich auf Seiten des Rathsfreundes allgemein ein obligationsmäßiges Rechtsverhältniß, so hätte der Gesetzgeber die Frage nach dem Maße der Haftung entweder überhaupt nicht aufzuwerfen gebraucht: es wäre genügend gewesen, in dieser Hinsicht auf die allgemeinen Bestimmungen des Prob. R. über dolus und culpa, über die verschiedenen Grade der Verschulbung 2c. zu verweisen. Oder aber der Haftungsgrund des Rathsertheilers hätte nicht auf den bloßen dolus abgestellt werden können, wie das in Art. 4416 gleichwohl geschieht. — Endlich aber hätte es, wenn der Rathsfreundschaft ein Obligationsverhältniß zu Grunde liegen sollte, nicht nur keinen Sinn, sondern wäre sogar direkt falsch, wenn Art. 4415 sagt: der erteilte Rath bewirkt keine Verbindlichkeit, denn wenn der Rathsfreund eo ipso zur Rathsertheilung verpflichtet sein sollte, so müssen doch alle bei Obligationsverhältnissen möglichen Folgen und Wirkungen auch in diesem Fall eintreten. — Der Rathsfreund kann sich mithin der fernern, von ihm ohnehin meist nur aus purer Gefälligkeit übernommenen Thätigkeit des Rathgebens für die weitere Zukunft einfach enthalten und weder das materielle Recht noch die Zivilprozeßordnung geben ein wirksames Mittel in die Hand, ihn zur Rathsertheilung — und dazu noch zu einer Rathsertheilung nach bestem Willen und Gewissen, nach sorgfältiger vorheriger Prüfung — oder zur

Mitwirkung zu zwingen. Es würde auch an einem geeigneten Objekt der Zwangsvollstreckung fehlen. —

Mag also der Rathsfreund zur Rathertheilung oder Mitwirkung am Rechtsgeschäft aufgefordert sein oder nicht, die rechtliche Stellung desselben und insbesondere der Grad seiner Haftbarkeit bleiben immer dieselben\*). Die diesbezügliche Unterscheidung Krautz ist mithin für das baltische Privatrecht unverwerthbar. Wenn deshalb die großjährige Jungfrau oder die beerbte Wittwee des kur- und estländischen Landrechts und des Rechts der livländischen lutherischen Landgeistlichkeit auch dadurch einen Schaden erleiden, daß der Beirath sich einfach weigert, ihnen mit „Rath und That“ zur Seite zu stehen, so erwächst daraus für diese Personen noch keinerlei Ersatzanspruch gegenüber dem Beirathe, denn dieser ist gesetzlich so wenig zu etwas verpflichtet, wie wenn er — abgesehen von den Fällen des Art. 4416 — irgend einer anderen Person, etwa seinem Freunde, einen Rath ertheilt oder überhaupt beim Rechtsgeschäft mitgewirkt und dadurch Schaden zugefügt hat. Es gilt das namentlich auch für den Fall, wenn die genannten Personen, insbesondere die großjährige Jungfrau sich einen beständigen Rathsfreund erwählt haben oder wenn das Gericht, auf desfallsige Bitte der Jungfrau, ihr einen solchen beständigen Rathsfreund ernannt hat. Denn auch in diesem Fall bleibt der Rathsfreund das, was er ist, nämlich bloßer Rathgeber, er wird also nicht etwa zum Vormunde oder Kurator (im eigentlichen Sinn des Wortes) und ist auch dem Gerichte gegenüber in diesem Falle zu nichts verpflichtet und in keinerlei Hinsicht von ihm abhängig resp. an seine Instruktionen oder Befehle gebunden. Er ist dem Gerichte gegenüber Privatperson wie jeder Anderere\*\*). — In diesem Falle sowie überhaupt in allen Fällen der eigentlichen Rathsfreundschaft, dann aber auch in den Fällen der Artt. 30 und 1991, wo der Rathsfreund gleichzeitig Sollemnitätsperson ist, kann die betreffende Person weiblichen Geschlechts, also z. B. die Ehefrau, denselben nach Belieben wieder entlassen, ohne daß solches auf ihre Handlungsfähigkeit irgend einen Einfluß hat\*\*\*). — Ebenso allgemein gilt für den eigentlichen Rathsfreund und den Assistenten der gedachten Artt. 30 und 1991, daß als eigentlicher Kontrahent nur die Jungfrau, Ehefrau oder Wittwee, nicht aber der Rathsfreund erscheint, woher der andere Kontrahent sich nur an die ersteren, niemals aber an den letztern

---

\*) Denn das Provinzialgesetzbuch hebt diese Fälle gar nicht besonders hervor.

\*\*) Daher darf ihn auch das Gericht von sich aus sogar wegen der größten Unterlassung nicht zur Verantwortung ziehen.

\*\*\*) Vgl. Stillebrand, l. c. § 196, S. 720.

halten kann \*). Es ist nun aber allerdings möglich, daß die betreffende Jungfrau oder Wittwee mit einem Andern einen dahin lautenden Vertrag abgeschlossen hat, daß dieser Andere ihr Rathsfreund sein solle und bei jeder Gelegenheit ihr mit „Rath und That“ beizustehen habe. Dadurch würde auf Seiten des Rathsfreundes allerdings eine juristische, also erzwingbare Pflicht, seinen Rath aufgefordert oder unaufgefordert zu ertheilen oder bei dem in casu vorzunehmenden Rechtsgeschäfte mitzuwirken, auf Seiten der Jungfrau oder Wittwee dagegen das entsprechende Recht erwachsen, sowohl Rathsertheilung wie Mitwirkung vom anderen Kontrahenten verlangen oder doch wenigstens eventuell eine die enggesteckten Grenzen der Haftpflicht des Rathgebers für etwaig zugefügten Schaden in Art. 4416 weit überschreitende Schadenersatzforderung mit Erfolg geltendzumachen. — Allein in diesem Fall handelt es sich nicht mehr um die reine Rathgeberschaft mit den ihr eigenthümlichen so gut wie auf Null reduzierten Rechtswirkungen, sondern um ein obligatorisches Vertragsverhältniß zwischen der betreffenden Person weiblichen Geschlechts und dem anderen Kontrahenten. Die letzterem gegenüber begründete Zwangspflicht und erhöhte Haftbarkeit für eventuelle Schadenzufügung finden ihre Basis eben in dem Vertragsverhältniß, das sich meistens als Dienstmiethe charakterisieren lassen wird. —

Eine solche Haftung des Rathgebers auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses ist aber, wie in der Anmerkung zu Art. 4416 ausgeführt wird, insbesondere dann vorhanden, wenn Jemand einen Rath in der Eigenschaft als Kunst- oder Sachverständiger ertheilt oder aber wenn er sich auf Grund eines besondere Vertrages verpflichtet hat, die eventuellen schlimmen Folgen seines Rathes auf sich zu nehmen \*\*). In beiden Fällen ist seine Haftbarkeit eine strengere als die in Art. 4416 angegebene. — Was insbesondere die Rathsertheilung des Sachverständigen anbelangt, so wird dieselbe bei der Rathsfreundschaft des baltischen Rechts gerade sehr häufig vorkommen, insofern nämlich der Rathsfreund meist ein Rechtsgelahrter und zwar in der Regel ein Advokat sein wird. — Wendet sich die Jungfrau oder Wittwee an ihn, so tritt sie damit zu ihrem Rathsfreunde in das Vertragsverhältniß der Dienstmiethe. In diesem Falle ist jedenfalls seine Haftpflicht eine strengere als wie sie in Art. 4416 vorgeschrieben wird und richtet sich nach den diesbezüglichen bei allen Vertragsverhältnissen, in specie aber bei der Dienstmiethe geltenden Provinzialrechtsnormen, während eine Zwangspflicht zur Rathsertheilung auf seiner Seite soweit zulässig erscheint, als sie gegenüber den Rechtsanwälten überhaupt d. i. auf allgemeiner Grundlage stattfindet. —

\*) Vgl. Stillebrand, l. c. S. 720, Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II, § 71, S. 315, Maurenbrecher, l. c. Bd. II, § 586, S. 304. —

\*\*) B. W. in dieser Form: „Thue es nur auf meine Gefahr hin!“

Was nun den Assistenten anbetrifft, den Art. 1991 Abs. 1 bei Testamenten der Ehefrau zu Gunsten ihres Mannes nach lib- und esthländischem Recht und Art. 30 in allen denjenigen Fällen verlangt, wo die Rechtsinteressen der mit einander kontrahierenden oder prozessierenden Ehegatten kollidieren, so ist Raththeilung, weniger seine thätige Mitwirkung beim Rechtsgeschäft als vielmehr ein so absolut notwendiges Erforderniß, daß die Nichtbeobachtung desselben seitens der Ehefrau jedenfalls Nichtigkeit nach sich ziehen dürfte. Der Assistent ist hier also gewissermaßen eine Sollemnitätsperson, die eben unter allen Umständen hinzugezogen werden muß, wenn der gewünschte rechtliche Erfolg eintreten soll. Allein trotz alledem ist auch in diesen Fällen der Assistent oder Rathsfreund zur Raththeilung oder thätigen Mitwirkung nicht verpflichtet, einerlei, ob er dazu von der Ehefrau aufgefordert wurde oder nicht, sondern nimmt vielmehr gleichfalls die rechtliche Stellung eines bloßen Rathgebers ein. Daher bestimmt sich auch das Maß seiner Haftbarkeit genau nach den Artt. 512—518 und 4415—4418, also ganz so wie bei der wahren Rathsfreundschaft. — Besondere Partheiabreden können auch hier die vorhin erwähnten Modifikationen, insbesondere bezüglich der Haftbarkeit für Schadenszufügungen involvieren. —

In den andern Fällen der uneigentlichen Rathsfreundschaft, nämlich wo es sich um die Beiräthe der beerbten Wittwee nach lib- und esthländischem Stadtrecht und nach libländischem Landrecht handelt, ist es nach unseren bisherigen Ausführungen wohl ohne Weiteres klar, daß die rechtliche Stellung dieser Rathsfreunde unmöglich die bloßer Rathgeber sein kann, sondern weit darüber hinausgehen muß: sie sind wahre Vormünder resp. Mitvormünder der Wittwee und unterliegen als solche, namentlich auch, was ihre zivilrechtliche Verantwortlichkeit anbetrifft, ganz dem allgemeinen Vormundschaftsrecht. Sie müssen folglich auch für verpflichtet erachtet werden, ohne jede Aufforderung schon von sich aus das Nöthige zum Besten der Person und des Vermögens des Pupillen wahrzunehmen, sei es nun durch Raththeilung oder durch thätige Mitwirkung. —

#### 4) Welches sind die juristischen Folgen der unterlassenen Beziehung des Rathsfreundes?

Diese Frage erledigt sich gemäß den früheren Ausführungen dieser Schrift überaus einfach. Zum Theil hat sie auch schon, namentlich was die Gültigkeit der Rechtshandlungen, so z. B. der Schuldenkontrahierungen seitens der ohne Beirath oder Mitvormund handelnden beerbten Wittwee anbelangt,



ihre direkte Erledigung gefunden\*). In Zusammenfassung der bisherigen Resultate dieser Abhandlung kann man nämlich sagen: überall dort, wo der Rathsfreund, Beirath oder Assistent nicht bloßer Rathgeber ist, sondern als Vormund oder Mitvormund der beerbten Wittwe beigeordnet wird (vgl. Artt. 281, Abs. 2, 286 und die Bauerrechte) sowie in den beiden mehrfach erwähnten Fällen der Artt. 30 und 1991 Abs. 1, hat die Nichthinzuziehung des Beirathes geradezu Wichtigkeit des betreffenden von der Wittwe oder Ehefrau vorgenommenen Rechtsgeschäfts zur Folge. Wo er aber nichts mehr als ein bloßer Rathgeber ist, wie z. B. der Rathsfreund der beerbten Wittwe nach kur- und esthländischem Landrecht\*\*) und nach dem Recht der liv- und esthländischen lutherischen Landgeistlichkeit\*), da hat die Nichthinzuziehung desselben zum Rechtsgeschäft resp. seine Nichtbefragung vor Eingehung des letztern gar keine Folgen, die Rechtshandlung bleibt vielmehr ebenso gültig oder ungültig wie sie es ohne den Rathsfreund wäre. Letzteres gilt sogar auch dann, wenn z. B. gerichtlicherseits der Jungfrau auf ihr hiesbezügliches Gesuch hin ein beständiger Rathsfreund für alle ihre Angelegenheiten beigeordnet worden ist, denn auch dieser Umstand hat keinen Einfluß auf die rechtliche Stellung des Rathsfreundes der Jungfrau: er ist und bleibt auch in diesem Fall bloßer Rathgeber derselben, dessen Hinzuziehung oder Nichthinzuziehung seitens der Jungfrau eben nach wie vor ganz ihrem freiem Ermessen anheimgestellt wird. Art. 515, der den Rathsfreund als Rathgeber bezeichnet und dementsprechend auch seine zivilrechtliche Verantwortlichkeit statuiert, spricht eben ganz allgemein, ohne zwischen den Fällen zu unterscheiden, ob die Jungfrau den „Geschlechtskurator“ sich selbst erwählt oder ihn sich durch das Waisengericht mittelst eines Gesuches bestellen läßt, er sagt ganz allgemein: der Geschlechtskurator haftet nur als Rathgeber. Dabei muß eine vernünftige Gesetzesauslegung nothwendig stehen bleiben. —

Die Nichtbefragung resp. Nichthinzuziehung des wahren, eigentlichen Rathsfreundes seitens derjenigen Person weiblichen Geschlechts, die sich einen solchen selbst erwählt oder sich durch das Gericht auf ihr Gesuch bestellen läßt, hat also gar keine juristischen Folgen. Das folgt schon aus der fakultativen Rechtsnatur der

\*) Vgl. S. 349—350 dieser Abhandlung u. passim.

\*\*) Vgl. Art. 281 Abs. 1.

\*\*\*) Vgl. Art. 1805.

Rathsfreundschaft. Ebenso nämlich, wie es ein offenes Konfess wäre, Jemanden unter den Folgen der Unterlassung einer Handlung, zu welcher er garnicht verpflichtet ist, leiden zu lassen, so wäre es auch eine ganz widersinnige Konstruktion, an die Unterlassung der Hinzuziehung des (eigentlichen) Rathsfreundes zu dem betreffenden Rechtsgeschäfte seitens der betreffenden Person weiblichen Geschlechts resp. an die Unterlassung seiner vorherigen Befragung irgend welche rechtstheiligen Folgen zu knüpfen. Denn letztere war ja in keinem Fall verpflichtet, sich einen Rathsfreund zu wählen oder den erwählten resp. bestellten vorher um Rath zu fragen beziehungsweise zum Rechtsgeschäfte hinzuzuziehen. —

Wir sind am Ende dieser vorzugsweise der Rathsfreundschaft des baltischen Privatrechts gewidmeten Abhandlung. —

Ueberblicken wir das Resultat derselben, so ergibt sich, daß die eigentliche, wahre Rathsfreundschaft im ostseeprovinziellen Privatrecht sich nur in sehr wenigen Fällen erhalten hat und im Grunde genommen von gar keiner juristischen Bedeutung ist. Auch die neueren Gesetzgebungen haben mit diesem Rechtsinstitut im Allgemeinen — und zwar in vielfach noch radikalerer Weise — gebrochen. Jedoch stehen sie wieder in mancher anderen Beziehung dem ostseeprovinziellen Privatrecht nach: letzteres läßt nämlich die Altersvormundschaft über die Ehefrau durch den Eintritt in die Ehe — und zwar definitiv — erlöschen. Das deutsche B. G. B. dagegen läßt die Vormundschaft über die minderjährige Ehefrau bis zu ihrer Volljährigkeit fortbauern, wodurch eine schon gesetzpolitisch höchst unerwünschte Konkurrenz zwischen zweien Gewalten, nämlich der ehewogteilichen Gewalt des Ehemannes und der rein vormundschaftlichen Gewalt des Vormundes geschaffen ist. — In dieser Hinsicht ist also das baltische Provinzialgesetzbuch der neuesten deutschen Rechtswirkung vorausgeeilt, indem es jedem zwischen diesen beiden Gewaltsphären möglichen Konflikt von vorneherein den Boden entzogen und insoweit die Ehefrau auf selbstständigeren Fuß gesetzt hat, als das deutsche B. G. B. — wieder ein neuer Beweis für die Vortrefflichkeit des baltischen Privatrechts, das namentlich die Vertreter einer gewissen politischen Richtung heutzutage so gern als ein veraltetes, mit ständischen Privilegien verschiedenster Art durchsetztes Gesetzbuch bezeichnen. —

---

## **Zusätze.**

I. Auf S. 110, Zeile 8 von oben ist nach dem Worte: „verwiesen“ statt des Punktes ein Komma zu setzen und dann folgende Einschaltung hinzuzufügen:

„soweit das sonst in den Ostseeprovinzen in handelsprivatrechtlicher Hinsicht anzuwendende gemeine deutsche Handelsrecht in seiner Anwendung gegebenenfalls versagt.“

Außerdem ist zu dem Worte „verwiesen“ folgende Anmerkung unter den Text zu setzen: Vgl. die Motive zum Projekt des neuen russ. Ziv. G. Bs, Buch V, Einl., S. XXXVIII f.

II. Auf S. 120 in der Note, Zeile 8 von oben ist statt des Punktes ein Komma zu setzen und dann folgendes Zitat hinzuzufügen:

vgl. auch die Motive zum Projekte des neuen russ. Ziv. G. Bs, Buch V, (1899) S. XXXVII f.

III. Auf S. 153, Zeile 9 von oben ist hinzuzufügen:

6a. Russisches Reichszivilrecht.

(Bd. X, Th. 1 des Smods der Reichsgesetze, Ausg. v. J. 1900).

Auch das russische Reichszivilrecht lehnt sich, wie das Italienische, eng an sein Vorbild, den Code, an. Art. 1512 spricht zwar zunächst nur den Grundsatz aus, daß gestohlene Sachen auch dem gutgläubigen Erwerber abgenommen und ihrem ursprünglichen Eigenthümer zurückgegeben werden müssen:

„Если движимое имущество куплено безъ поручительства, хотя впрочемъ не завѣдомо краденое, но впоследствии оно окажется краденымъ, то покупательъ подвергается лишенію онаго и отобранію въ пользу настоящаго хозяина, а ему предоставляется заплаченные деньги искать на продавца.“

Die Praxis des Senats hat aber dieses Gesetz mittelst des argumenti a contrario dahin ausgelegt, daß in allen übrigen Fällen d. h. wo die (be-

wegliche) Sache nicht durch Diebstahl, sondern durch Verschleuderung \*) (распрода) oder durch Verkauf seitens eines hierzu nicht Berechtigten, also jedenfalls des Nichteigenthümers, dem ursprünglichen Eigenthümer abhanden gekommen sei, der gutgläubige neue Erwerber gegen die Eigenthumsklage des ursprünglichen Eigenthümers geschützt werden müsse \*\*). Hier hätten wir nun das Prinzip „Hand wahre Hand“. In demselben Sinne hat sich auch die mit der Ausarbeitung des Entwurfes zum neuen russischen Zivilgesetzbuch betraut gewesene Kommission (vgl. Bd. I, (1899), S. 497 der Motive zum Projekt des Russ. Ziv. G. Bs.) ausgesprochen.

In der Theorie findet man jedoch auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten. So lehrt z. B. Scherschenewitsch \*\*\*), daß das russische Recht den deutsch-rechtlichen durchgreifenden Schutz des — wenn auch gutgläubigen — Dritterwerbers auch bei nicht gestohlenen Sachen grundsätzlich ablehne und auf dem Boden der strengen, auch gegen den gutgläubigen Dritterwerber durchführbaren römisch-rechtlichen Bindikation stehe, und beruft sich zu Gunsten seiner Ansicht auf die bekannte Senatsentscheidung vom J. 1894 sub Nr. 55 in Sachen der Nähmaschinenhandlung „Reidlinger“, wo die von einem Handwerker erfolgte Verpfändung einer von genannter Handlung ihm vermiethten Nähmaschine auf die Klage der letzteren für ungültig erklärt wurde, auf eine Senatsentscheidung v. J. 1887 sub Nr. 34, auf Art. 609 des Reichsziv. G. Bs. und Art. 1664 des Strafgesetzbuches (Bd. XV des Swods der Reichsgesetze). —

Jedoch verdient die erstgenannte Ansicht wohl entschieden der von Scherschenewitsch vertretenen vorgezogen zu werden, denn

1. spricht Art. 1512 nur von gestohlenen Sachen und nicht auch — wie das Scherschenewitsch anzunehmen scheint — von den mit dem Willen des ursprünglichen Eigenthümers aus dessen Gewahrsam gekommenen und nachher von einem Dritten bona fide erworbenen Sachen. Nur von erstern wird gesagt, sie sind dem ursprünglichen Eigenthümer unbedingt zurückzugeben, von den anderweitig abhanden gekommenen Sachen sagt der angezogene Artikel das nicht, hinsichtlich ihrer muß also das schon erwähnte argumentum a contrario eintreten;

2. handeln auch die zitierte Senatsentscheidung v. J. 1887 sub Nr. 34 und Art. 1664 des Strafgesetzbuches (Bd. XV des Swods der Reichsgesetze, Ausg. v. J. 1885) nur von gestohlenen Sachen, und

3. hat Art. 609 der Reichszivilgesetze nur den Fall im Auge, daß, wer unberechtigt, wenn auch bona fide, eine fremde Sache besitzt und hinterher,

\*) Art. 177 des Friedensrichterstrafgesetzbuches und Artt. 1681 u. 1682 des Strafgesetzbuches (Swod der Reichsgesetze Bd. XV, Ausg. v. J. 1885 mit der Fortsetzung).

\*\*) Vgl. die Senatsentscheidungen vom J. 1877, Nr. 236, v. J. 1878 Nr. 25 u. v. J. 1884, Nr. 6.

\*\*\*) „Учебникъ Русскаго Гражданскаго Права,“ S. 219 ff.

zur Herausgabe derselben an den wahren Eigenthümer verurtheilt worden ist, eine solche Herausgabe sofort und unweigerlich realisieren muß.

Auch hier sind indeß wohl nur gestohlene Sachen gemeint, denn ob der Besitz (владѣніе) bei anderweitig dem ersten Eigenthümer abhanden gekommenen Sachen ein widerrechtlicher ist oder nicht, das ist ja eben die Frage.

4. Ist die Schlußfolgerung auf Grund des argumenti a contrario aus der Fassung des Art. 1512 zit. umso zulässiger, als sie auch noch durch Art. 534 unterstützt wird, wonach eine bewegliche Sache solange als Eigenthum dessen, der den Besitz an ihr ausübt, gilt, bis das Gegentheil nämlich die Fremdgehörigkeit dargethan ist \*). Und letzteres entspricht wiederum der Lehre des russischen Rechts vom Besitz, das jeden Besitz bis zum Beweise des Gegentheils als gutgläubigen auffaßt und einem solchen allen rechtlichen Schutz solange angedeihen läßt, bis ein gerichtliches Urtheil feststellt, daß die betreffende Sache einem Andern gehöre und diesem einzuhändigen sei (Vgl. Reichsivilgesetze, Artt. 530 u. 531, Bd. X des Swods der Reichsgesetze). —

Das Projekt des demnächst zu bestätigenden allgemeinen russischen Zivilgesetzbuches hat erfreulicher Weise jeden Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit des Handwahren-Handprinzipes im russischen Recht beseitigt, indem es in Art. 228 dieses Prinzip ausdrücklich zur Geltung bringt und dem gutgläubigen Dritten, mit Ausnahme des Falles, wo es sich um gestohlene Sachen handelt, in seinem Erwerbe gegenüber der Bindikation des ersten Eigenthümers einen durchgreifenden Schutz gewährt, wodurch es denn auch in dieser Hinsicht in die Reihe der meisten modernen Zivilgesetzbücher getreten ist.

Der Wortlaut dieses Artikels ist folgender:

„Отъ добросовѣстнаго покупщика проданныя ему движимыя вещи не могутъ быть отобраны, хотя-бы продавецъ и не былъ ихъ собственникомъ.

Похищенные или потерянные вещи могутъ быть въ теченіе трехъ лѣтъ отобраны отъ всякаго третьяго лица; но купившій такую вещь съ публичнаго торга или отъ лица, производящаго торговлю подобными вещами, обязанъ возвратить ее собственнику лишь по возмѣщеніи уплоченной за нее цѣны и произведенныхъ на нее необходимыхъ и полезныхъ издержекъ. Процентныя и другія бумаги на предъявителя ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть отобраны отъ добросовѣстнаго покупщика.“

\*) Vgl. auch die Motive der Kommission zum Projekt des russischen Zivilgesetzbuches ibid., S. 497.

Der zweite Absatz statuiert für den Eigenthümer die Möglichkeit im Verlauf eines sich als Verjährungsfrist darstellenden Zeitraumes von drei Jahren die ihm gestohlene oder verlorengegangene Sache Jedem, auch dem gutgläubigen Besitzer derselben, abzunehmen. Eine Ausnahme soll nur hinsichtlich derjenigen Sachen stattfinden, die von einer mit derartigen Sachen Handel treibenden Person oder auf öffentlichem Meistbot erstanden sind. Dem Beispiel der neuesten Gesetzgebungen, insbesondere dem französischen, italienischen, schweizerischen und deutschen Recht sowie dem Entwurf des ungarischen B. G. B. folgend, setzt nämlich der russische Entwurf für diese Fälle fest, daß der Dritterwerber solcher Sachen letztere zwar dem vindizierenden Eigenthümer zurückgeben muß, allein nur gegen Ersatz des dafür gezahlten Kaufpreises und der auf dieselben verwandten nothwendigen und nützlichen Verwendungen \*).

Der dritte Absatz endlich enthält die ebenfalls aus den meisten andern Gesetzgebungen bekannte Regel, nach welcher prozenttragende- und Inhaberpapiere, auch wenn sie gestohlen sind, dem gutgläubigen Besitzer niemals abgefordert werden können. —

IV. Auf Seite 143 in der Note, Zeile 6 von unten ist Folgendes hinzuzufügen:

Nicht befriedigend ist endlich auch die von Baumeister: „Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg“, Bd. I (1856) § 35 S. 255 versuchte Erklärung, der vom Handwerker zc. verdiente Wochenlohn müsse dem dritten Erwerber durch den Vindikanten deshalb ersetzt werden, weil der derzeitige Besitzer das rechtliche Interesse des ersten Empfängers der Sache d. h. des Handwerkers vertrete und dieses Interesse von letzterem gleichviel wem, also auch dem dritten Erwerber gültig übertragen werden könne. Denn dieser Konstruktion fehlt es an der gehörigen Basis. Man fragt sich vergebens, worauf es denn eigentlich beruhen solle, daß der dritte Erwerber das rechtliche Interesse des Handwerkers vertrete, worauf sich eine solche Vertretung gründe? Auf das Gesetz? Aber die alten Statutarrechte und auch die neueren Gesetzgebungen enthalten darüber nichts und das Prov. G. B. ebensowenig. Auf einen Vertrag? Aber ein solcher war und konnte nach der als vernünftig vorauszusetzenden Absicht der Kontrahenten doch nur auf Uebertragung des Eigenthums an der Sache gerichtet sein, nicht aber auf Uebertragung der aus dem Handwerkslohn originirenden, dem Handwerker gegen den ersten Eigenthümer der Sache zustehenden Forderung auf den in Anspruch genommenen Dritterwerber oder auf Vertretung des dem

---

\*) In letzterem, nämlich der Verpflichtung zum Impensenersatz unterscheidet sich jedoch der russische Entwurf von den übrigen erwähnten Gesetzgebungen, die nur von der Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises sprechen.

Handwerker gebührenden rechtlichen Interesses durch den derzeitigen Besitzer der Sache. Die Gesetze mußten solchen Verträgen gradezu die Gültigkeit versagen, weil sie eine juridisches Konsens involviert hätten. Soll man wirklich annehmen, zwischen dem Handwerker, der die Sache zur Reparatur empfangen, und dem derzeitigen Besitzer, der die Sache von jenem tradiert erhalten und erworben hatte, sei eine Art Vollmachtsvertrag geschlossen worden des Inhalts, daß der Dritte für und im Namen des ersten Empfängers d. h. des Handwerkers, den ausbedungenen Handwerkslohn gegen den vindizierenden ersten Eigentümer geltend mache, mit der Verpflichtung, den gegen Auslieferung der Sache in der Folge etwa erhaltenen Handwerkslohn dem ersten Empfänger voll und ganz zu restituieren? In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird eine derartige Ermächtigungsabsicht der Partheienintention diametral zuwiderlaufen und dürfte zudem — was besonders wichtig ist — gänzlich unkonstruierbar sein, wenn der betreffende Handwerks- Schiffer- oder Fuhrmannslohn noch garnicht verdient d. h. erarbeitet ist. Denn wie kann man in diesem Falle von einem bereits vorhandenen rechtlichen Interesse des Handwerkers zc. sprechen? —

V. Auf S. 273 Zeile 10 von unten ist nach dem Gedankenstrich folgender Zusatz einzuschalten:

Mit dem Gesagten stimmt auch Art. 298 des Ustavs über die Verhinderung und Verhütung von Verbrechen (Bd. XIV des Swoods der Reichsgesetze, Forts. v. J. 1906) überein, woselbst die Zeitwörter *похищать* und *отнять* in dem nämlichen Sinne und zwar durch ein oder (russ. или) miteinander verbunden gebraucht werden. Ganz ähnlich wie Artt. 375 und 377 der Strafprozeßordnung beginnt nämlich der gedachte Art. 298 zit. folgendermaßen:

„Предметы, похищенные или отнятые, возвращаются хозяевамъ со соблюденіемъ правилъ Устава Уголовнаго Судопроизводства“ . . .

VI. Auf S. 6 ist Art. 79, Bd. I der Grundgesetze des russischen Reichs zitiert. Dazu ist folgende zurechtstellende Bemerkung zu machen: In der neuesten Ausgabe des die Grundgesetze des russischen Reichs enthaltenden Bd. I. Th. 1 des Swoods vom J. 1906 lautet der dem früheren Art. 79 entsprechende Art. 88 folgendermaßen:

„Законы особенно изданные для какой либо мѣстности или части населенія новымъ общимъ закономъ не отмѣняются, если въ немъ именно такой отмѣны не постановлено.“

Inhaltlich ist also der frühere Art. 79 in nichts abgeändert worden, es hat nur eine unwesentliche Abkürzung der äußeren Form stattgefunden.

Bei dieser Gelegenheit sei übrigens bemerkt, daß auch noch an einigen andern Stellen unserer Schrift versehentlich der Art. 79 der alten Ausgabe

zitiert ist, so z. B. auf S. 7 und 10. An Stelle dessen ist überall die Ziffer 88 (entsprechend der zitierten Ausgabe v. J. 1906) zu setzen.

VII. Zusatz zu S. 285 Zeile 5 von oben: In der Fortsetzung zum XV. Bande, des Swods vom J. 1906, ist übrigens dem Art. 1664 eine zweite Anmerkung hinzugefügt, zufolge welcher eine Beschlagnahme, so wie überhaupt eine Beitreibung aus dem dem Arrestanten zukommenden Lohne für von ihm geleistete Arrestantenarbeiten für unzulässig erklärt wird. —

---



## Verzeichniß der wichtigsten stehengebliebenen Druckfehler.

Auf Seite	10	Note ++ statt: Marquardhen lies: „Marquardsen“.
„	„	17 Zeile 3 von unten (im Text) statt: „Er spricht“ lies „Er spricht“.
„	„	18 in der Note Zeile 4 von unten statt „wichtiger“ lies „unwichtiger.“
„	„	144 Zeile 11 von oben statt „Intodiktverfahren“ lies „Interdiktverfahren“.
„	„	163 „ 13 von oben statt „dem“ lies „denn“.
„	„	318 „ 4 von oben statt „Kieserichy“ lies „Kieserichy.“
„	„	„ „ in der Note, Zeile 1 von oben u. 3 von unten statt „Kieserichy“ lies „Kieserichy.“
„	„	581 „ 10 von unten ist zwischen die Worte: „ausgedehnt“ und „und“ das Wort „werden“ zu setzen.
„	„	583 „ 5 von unten statt „den“ lies „der“.
„	„	586 „ 14 von oben statt „der“ lies „die“.
„	„	591 „ 4 von unten ist zwischen „Bezug“ und „die“ das Wort „auf“ einzuschalten.
„	„	592 „ 11 von oben ist zwischen „falls“ und „Bestätigung“ das Wort „die“ einzuschalten.
„	„	609 „ 8 von unten statt „lektere“ lies „lektere“.
„	„	610 „ 15 von oben statt „lektieren“ lies „lektere“.
„	„	612 „ 19 von oben statt „Rathsfrennde“ lies „Rathsfreunde.“
„	„	612 „ 22 von oben statt Witwee lies „Wittwee“.
„	„	613 „ 8 von unten statt „den“ lies „den“.
„	„	617 „ 4 von oben statt „Gütrrgemeinschaft“ lies „Gütergemeinschaft“.
„	„	619 „ 6 von oben statt „rechtliche“ lies „rechtlichen“.
„	„	619 „ 4 von unten ist zwischen dem Klammerschluß und „zu“ das Wort: „andererseits“ einzuschalten.

Auf Seite	622	Zeile	4 von oben	statt „zurücknehmen“	lies „zurücknehmen“.
" "	622	"	8 von oben	statt der „Kinder“	lies „den Kindern“.
" "	623	"	10 von oben	statt „wenn“	lies „wem“.
" "	623	"	17 von unten	statt „Statutarechte“	lies „Statutarrechte“.
" "	624	"	7 von oben	ist zwischen „als“ und „ihm“	das Wort „sie“ einzuschalten.
" "	624	"	10 von unten	ist zwischen „zuwachsen“ und „sondern“	vor dem Komma das Wort „sollte“ einzuschalten.

---

Alle Rechte, auch das der Uebersetzung in fremde Sprachen, vorbehalten.